

DAS REISEVERTRAGLICHE GEWÄHRLEISTUNGSRECHT.

Ein Vergleich zwischen altem und neuem Recht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

dem

Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Udo Wedepohl

Assessor aus Lippstadt

Marburg 1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554010_0006

DAS REISEVERTRAGLICHE GEWÄHRLEISTUNGSRECHT.

Ein Vergleich zwischen altem und neuem Recht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

dem

Fachbereich Rechtswissenschaften

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Udo Wedepohl

Assessor aus Lippstadt



Marburg 1982

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften

angenommen am: 28. Juni 1982

Berichterstatter: Professor Dr. Leßmann

Mitberichterstatter: Professor Dr. Werkmüller

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juni 1982



Gliederung

	<u>Einleitung</u>	1
§ 1	Problemstellung, Thema und Gegenstand der Untersuchung, Arbeitsmethode und Zielsetzung	1
	<u>Hauptteil</u>	
	Das reisevertragliche Gewährleistungsrecht	6
	<u>1. Abschnitt:</u> Anwendungsbereich, Abgrenzung	6
§ 2	Unmöglichkeit/Gewährleistung	6
§ 3	Die einzelnen Abgrenzungsmöglichkeiten	8
I.	Konkretisierung durch Abnahme/Vollendung	8
II.	Beginn der Reise	10
III.	Begriffliche Abgrenzung	12
IV.	Qualitative Abgrenzung	13
	<u>2. Abschnitt:</u> Die einzelnen Gewährleistungsrechte	16
§ 4	Der Abhilfeanspruch Grundsatz kostenfreier Nachbesserung	16
§ 5	Das Selbsthilferecht	20
I.	Nachfrist	20
1.	Entstehungszeitpunkt nach Werkvertragsrecht	21
2.	Entstehungszeitpunkt nach Reisevertragsrecht	22
3.	Schutzbedürfnis des rechtsunkundigen Reisenden	24
II.	Wegfall des Verschuldenselements	25
III.	Angemessenheit der Neuregelung	25
1.	Nachfrist	25
2.	Wegfall des Verschuldens	27

IV.	Zusammenfassung	29
§ 6	Das Minderungsrecht	30
I.	Rechtsdogmatische Einordnung	30
1.	die reiserechtliche Minderung	30
2.	der werkvertragliche Minderungsanspruch (Theorien)	31
II.	Wegfall des Fristsetzungserfordernisses	33
1.	Stellung des Reisenden nach bisher gel- tem Recht	33
2.	Rechtsprechung zu bisher geltendem Recht	35
III.	Auswirkung rechtzeitiger Mängelbeseitigung auf die Minderung	36
1.	nach dem Reisevertragsgesetz	36
2.	nach bisher geltendem Recht	37
IV.	Mängelanzeige	38
1.	nach dem Reisevertragsgesetz	38
2.	nach bisher geltendem Recht	38
a)	§ 640 II BGB (Abnahmefähigkeit der Reise)	39
b)	Treu und Glauben, Schadensminderungspflicht (§§ 242, 254 BGB)	43
3.	Verschuldenselement bei Unterlassen der Anzeige	44
a)	im Reisevertragsgesetz	44
b)	im Rahmen des § 254 BGB (entspr.)	45
§ 7	Das Kündigungsrecht	45
I.	Anwendungsbereich, Wandlungs- und Kündi- gungsausschluß bei nur unerheblicher Wert- oder Tauglichkeitsminderung	46
1.	Mängelbegriff des § 634 III BGB	48
2.	Mängelbegriff des § 651 e I BGB	55
3.	Kündigungsrecht wegen individueller Um- stände, Anwendungsbereich des § 651 e I 2 BGB	57

II.	Erheblichkeit und Beweislast	60
III.	Fortfall der Ablehnungsandrohung, Angemessenheit der Neuregelung	62
IV.	Schicksal der Gegenleistung bei Wandlung und Kündigung	65
1.	Rückerstattung des vorausbezahlten Reise-preises	65
a)	nach Wandlungsrecht	66
b)	nach reisevertraglichem Kündigungsrecht	66
c)	Angemessenheit der Verlagerung des Rück-griffsrisikos	72
2.	Nutzungsvergütung und Entschädigung	76
a)	Berechnung der Nutzungsvergütung nach Rücktrittsrecht, § 346 S. 2 BGB	77
aa)	Zulässigkeit der Berechnung an Hand der vertraglich vereinbarten Gegenleistung im Rahmen gesetzlichen Rücktrittsrechts	77
bb)	Rangverhältnis der Berechnungsmodi des § 346 S. 2 BGB	78
b)	Berechnung der Entschädigung nach Kündigungsrecht, § 651 e III 2 BGB	81
c)	Entschädigungs-/Vergütungsanspruch bei fehlendem Interesse des Reisenden an mangel-freien Teilleistungen	83
aa)	nach Kündigungsrecht, § 651 e III 3 BGB	83
bb)	nach Rücktrittsrecht, § 346 S. 2 BGB	84
3.	Zusammenfassung	86
V.	Restpflichten nach Vertragsauflösung	87
1.	nach Reisevertragsrecht, § 651 e IV BGB	87
2.	konstruktive Erfassung der Rückbeförderungspflicht nach bisher geltendem Recht	88
a)	Gesichtspunkt der Rückabwicklung des Ver-trages, Umkehrung der Leistungspflichten, § 640 I BGB analog	88
b)	§ 1004 BGB analog	89
c)	Schadensersatz wegen Nichterfüllung, § 635 BGB	90
3.	Angemessenheit der verschuldensunabhängigen Normierung der Restpflichten	91
a)	Interessenlage des Reisenden	91

b)	Interessenlage des Werkbestellers	91
c)	Zusammenfassung	92
§ 8	Das Schadensersatzrecht	93
I.	Mängelanzeige, Fristsetzung und Ablehnungsandrohung	94
1.	als ungeschriebene Anspruchsvoraussetzungen im werkvertraglichen Schadensrecht	94
2.	im reisevertraglichen Schadensrecht	95
II.	"vertane Urlaubszeit"	98
1.	als ersatzfähiger Schaden nach bisher geltendem Recht	98
a)	Rechtsprechung des BGH zu § 635 BGB	98
b)	Kritik der Entscheidung BGHZ 63, 98	101
c)	"immaterieller Vertragszweck" als Grundlage der Haftung	107
d)	Kritik an der Lehre vom "immateriellen Vertragszweck"	108
e)	"vertane Urlaubszeit" und allgemeines Persönlichkeitsrecht	113
f)	Kritik am deliktsrechtlichen Lösungsweg	114
g)	entgangene Urlaubsfreude und "Herstellung in Geld", § 249 S. 2 BGB	116
h)	Kritik an der Lehre vom "erweiterten Personenschaden"	118
i)	Zusammenfassung	121
2.	Geltungsbereich des § 651 f II BGB	124
a)	"vertane Urlaubszeit" nicht erwerbstätiger Personengruppen	125
aa)	die hierzu vertretenen Auffassungen	125
bb)	Versuch einer Einordnung	126
b)	Angemessenheit der Neuregelung	130
III.	Kumulierung von Schadensersatz mit anderen Mängelrechten	134
1.	nach Reisevertragsrecht	134
2.	Rechtsprechung und Lehre zu § 635 BGB	135
IV.	Haftungsbeschränkung	137
1.	Darstellung des alten und neuen Rechts	137

2.	Angemessenheit der Neuregelung	140
a)	Erwägungen im Gesetzgebungsverfahren	141
b)	Interessenwertung des § 278 BGB	144
c)	wirtschaftliche Aspekte	147
d)	Zusammenfassung	147
	<u>3. Abschnitt: Ergebnis</u>	149
§ 9	Zusammenfassung der bisherigen Ausführungen und Bewertung	149
I.	neutrale Vorschriften	149
II.	verbraucherfeindliche Vorschriften	151
III.	verbraucherfreundliche Vorschriften	153
1.	erweiterter Rechtsschutz	153
2.	Angemessenheit des neuen Rechts, Interessen- ausgleich	155
§ 10	Alternativvorschlag	158

Literaturverzeichnis

- | | |
|------------------|---|
| Achilles-Greiff | Bürgerliches Gesetzbuch,
21. Auflage, Berlin 1958 |
| Askenasy, Robert | Über den immateriellen Schaden
nach dem BGB,
Gruchot 70 (1929), 373 ff. |
| Bartl, Harald | Reiserecht,
Kommentar zum Reisevertragsge-
setz und den Allgemeinen Reise-
bedingungen,
2. Auflage, Bonn 1981 |
| Bartl, Harald | Das neue "Reisevertragsrecht",
NJW 1979, 1384 ff. |
| Bartl, Harald | Das neue "Reisevertragsgesetz" -
ein Fortschritt ?,
Die Information 1979, 321 ff. |
| Bartl, Harald | Zum gegenwärtigen Stand des
Reiserechts,
NJW 1978, 729 ff. |
| Bartl, Harald | Die Urlaubsreise und ihre Be-
einträchtigung,
NJW 1972, 505 ff. |
| Bartl, Harald | Recht der Reise im Zivilrecht,
in: Klatt: Recht der Touristik,
Gruppe 130,
Neuwied 1978 |
| Bartl, Harald | Ständig neue Gesetze zum Schutz
des Verbrauchers ?,
in: Materialien zur Tagungs- und
Seminararbeit der Politischen
Akademie Eichholz, S. 36 ff.,
Bonn 1976 |
| Bendref, Bernd | Vertraglicher Schadensersatz
für vertane Urlaubszeit,
JR 1980, 359 ff. |
| Beuthien, Volker | Das fehlerhafte Arbeitsverhält-
nis als bürgerlich-rechtliches
Abwicklungsproblem,
RdA 1969, 161 ff. |

- Bidinger, Helmuth Personenbeförderungsrecht,
Kommentar zum Personenbeförde-
rungsgesetz nebst sonstigen
einschlägigen Vorschriften,
1. Bd.,
2. Auflage, Bielefeld 1971
- Blaurock, Uwe Anm. zu BGH, Urt. v. 12.5.1980
- VII ZR 158/79 (Oldenburg)
(Schadensersatz wegen vertaner
Urlaubszeit),
NJW 1980, 1949 f.
- Bötticher, Eduard Die Wandlung als Gestaltungsakt,
Heidelberg 1938
- Braschos, Franz-Josef Der Ersatz immaterieller Schä-
den im Vertragsrecht,
Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- Brox, Hans Das Reisevertragsgesetz,
JA 1979, 493 ff.
- Brox, Hans Besonderes Schuldrecht,
8. Auflage, München 1981
- Bürgerliches
Gesetzbuch hrsg. von Othmar Jauernig,
2. Auflage, München 1981
- Bundesminister der
Justiz (Hrsg.) "Ihr Recht reist mit",
Referat für Presse- und Öffent-
lichkeitsarbeit,
4. Auflage, Bonn 1980
- Burger, Thomas Die Haftung des Reiseveran-
stalters für nutzlos aufgewendete
Urlaubszeit,
NJW 1980, 1249 ff.
- Diederichsen, Uwe Argumentationsstrukturen in der
Rechtsprechung zum Schadensersatz-
recht,
in: Festschrift für Ernst Kling-
müller, S. 65 ff.
Karlsruhe 1974
- Eberle, Rainer Der Reisevertrag, "Vertane Ur-
laubszeit",
2. Auflage, Stuttgart, München,
Hannover 1979
- Eberle, Rainer Neuregelung des Reiserechts
durch das Reisevertragsgesetz,
DB 1979, 341 ff.

- | | |
|--------------------|--|
| Eichinger, Karl | Grundfälle zum neuen Reisevertragsrecht,
Jura 1981, 185 ff. |
| Ellrich, Holger H. | Der Herstellungsanspruch in Geld bei Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden,
Diss. iur. Gießen 1972 |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse,
15. Auflage, Tübingen 1958 |
| Erman, Walter | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band,
7. Auflage, Münster 1981
5. Auflage, Münster 1972 |
| Esser, Josef | Schuldrecht, Bd. I,
Allgemeiner Teil,
2. Teilband,
5. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1976 |
| Esser, Josef | Schuldrecht, Bd. II,
Besonderer Teil,
1. Teilband,
5. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1977 |
| Flume, Werner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft,
2. Auflage, Berlin, Heidelberg 1975 |
| Ganten, Hans | Anm. zu BGH, Urt. v. 15.6.1978
- VII ZR 15/78
(Schadensersatzforderung gegen Architekten in Geld),
NJW 1978, 2593 |
| Göhner, Reinhard | Verzugsbeginn mit dem Zugang der Mahnung,
NJW 1980, 570 |
| Grunewald, Barbara | Der Leistungsträger als atypischer Erfüllungsgehilfe des Reiseveranstalters,
NJW 1980, 1924 ff. |
| Grunsky, Wolfgang | Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden,
NJW 1975, 609 ff. |

- Grunsky, Wolfgang Anm. zu BGH, Urt. v. 22.2.1973
- III ZR 22/71 (OLG Hamm)
(Schadensersatz wegen entgangener
Urlaubsfreude infolge Beschädigung
eines Kraftwagens),
JZ 1973, 425 ff.
- v. Hahn, Friedrich Kommentar zum Allgemeinen Deut-
schen Handelsgesetzbuch,
Zweiter Band,
2. Auflage, Braunschweig 1875
- Hansen, Matthias Normativer Schadensbegriff und
Schadensberechnung,
Karlsruhe 1977
- Heldrich, Andreas Vergeudung von Freizeit als
Vermögensschaden ?,
NJW 1967, 1737 ff.
- v. Hippel, Eike Verbraucherschutz,
2. Auflage, Tübingen 1979
- Honsell, Heinrich Die mißlungene Urlaubsreise,
- BGHZ 63, 98,
JuS 1976, 222 ff.
- Hopmann, H.D. Das neue Reisevertragsgesetz,
BlGBW 1979, 161 ff.
- Hubmann, Heinrich Das Persönlichkeitsrecht,
2. Auflage, Köln 1967
- Jakobs, Horst Heinrich Nichterfüllung und Gewährleistung
beim Werkvertrag,
in: Festschrift für Günther
Beitzke,
S. 67 ff.,
Berlin 1979
- Jüttner, Bernhard Kritische Bemerkungen und Anre-
gungen zum Referentenentwurf
eines Gesetzes über den Reise-
veranstaltungsvertrag,
ZRP 1974, 181 ff.
- Kaufmann, Ekkehard Dogmatische und rechtspolitische
Grundlagen des § 253 BGB,
AcP 162 (1963), 421 ff.
- Keuk, Brigitte Vermögensschaden und Interesse,
Bonn 1972
- Klatt, Heinz Gesetz über den Reisevertrag,
Köln, Berlin, Bonn, München 1979

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
in 7 Bänden,
hrsg. v. Kurt Rebmann u.
Franz-Jürgen Sacker,
Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner
Teil,
München 1979
- Bd. 3, Schuldrecht, Besonderer
Teil,
1. Halbband,
München 1980
- Oertmann, Paul Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch und seinen Nebengesetzen,
Zweites Buch, Recht der Schuld-
verhältnisse,
5. Auflage, Berlin 1929
- Oertmann, Paul Wandlung beim Werkvertrag,
Recht 1920, 153 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch,
41. Auflage, München 1982
- Peters, Frank Die Wandlung des Werkvertrages,
JR 1979, 265 ff.
- Peters, Frank Der Anspruch auf Schadensersatz
wegen Nichterfüllung gemäß
§ 635 BGB,
JZ 1977, 458 ff.
- Pieper, Helmut Der Anspruch auf Schadensersatz
wegen Nichterfüllung,
JuS 1962, 459 ff.
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch nebst Einführungsgesetz,
II. Bd., 1. Hälfte,
Recht der Schuldverhältnisse,
4. Auflage, Berlin 1914
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch nebst Einführungsgesetz,
II. Bd., 2. Hälfte,
Recht der Schuldverhältnisse,
4. Auflage, Berlin, Leipzig 1928
- Rebmann, Eberhard Regelung des Reiseveranstaltungs-
vertrags durch Ergänzung des BGB,
DRiZ 1978, 269 ff.

- Reichsgerichtsräte
Das Bürgerliche Gesetzbuch,
Kommentar, hrsg. von Mitgliedern
des Bundesgerichtshofes,
Bd. II, 1. Teil,
12. Auflage, Berlin 1976

Bd. II, 2. Teil,
12. Auflage, Berlin 1978

Bd. II, 4. Teil,
12. Auflage, Berlin 1978
- Schlosser/
Coester-Waltjen/
Graba
Kommentar zum Gesetz zur
Regelung des Rechts der Allge-
meinen Geschäftsbedingungen,
Bielefeld 1977
- Schulte, Werner
Schadensersatz in Geld für Ent-
behrungen,
Berlin 1978
- Soergel
Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch,
Bd. 3, Schuldrecht II,
11. Auflage, Stuttgart, Berlin,
Köln, Mainz 1980
- Soergel-Siebert
Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Bd. 2, Schuldrecht I,
10. Auflage, Stuttgart, Berlin,
Köln, Mainz 1967
- Soergel-Siebert
Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
II. Bd., Einzelne Schuldverhältnisse,
9. Auflage, Stuttgart 1962
- Stark, Wilhelm
Die Durchführung der Wandlung beim
Bauwerkvertrage,
JW 1929, 1727 f.
- v. Staudinger
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch mit Einführungsgesetz und Neben-
gesetzen,
Zweites Buch, Recht der Schuldver-
hältnisse, (§§ 249 - 254),
12. Auflage, Berlin 1980

II. Bd., Recht der Schuldverhält-
nisse, Teil 1 c, (§§ 249 - 327),
10./11. Auflage, Berlin 1967

Zweites Buch, Recht der Schuld-
verhältnisse, (§§ 255 - 327),
12. Auflage, Berlin 1979

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in 7 Bänden, hrsg. v. Kurt Rebmann u. Franz-Jürgen Sacker, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, München 1979
- Bd. 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1. Halbband, München 1980
- Oertmann, Paul Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1929
- Oertmann, Paul Wandlung beim Werkvertrag, Recht 1920, 153 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 41. Auflage, München 1982
- Peters, Frank Die Wandlung des Werkvertrages, JR 1979, 265 ff.
- Peters, Frank Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB, JZ 1977, 458 ff.
- Pieper, Helmut Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, JuS 1962, 459 ff.
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin 1914
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin, Leipzig 1928
- Rebmann, Eberhard Regelung des Reiseveranstaltungsvertrags durch Ergänzung des BGB, DRiZ 1978, 269 ff.

- | | |
|---|---|
| Reichsgerichtsräte | <p>Das Bürgerliche Gesetzbuch,
Kommentar, hrsg. von Mitgliedern
des Bundesgerichtshofes,
Bd. II, 1. Teil,
12. Auflage, Berlin 1976</p> <p>Bd. II, 2. Teil,
12. Auflage, Berlin 1978</p> <p>Bd. II, 4. Teil,
12. Auflage, Berlin 1978</p> |
| Schlosser/
Coester-Waltjen/
Graba | <p>Kommentar zum Gesetz zur
Regelung des Rechts der Allge-
meinen Geschäftsbedingungen,
Bielefeld 1977</p> |
| Schulte, Werner | <p>Schadensersatz in Geld für Ent-
behrungen,
Berlin 1978</p> |
| Soergel | <p>Kommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch,
Bd. 3, Schuldrecht II,
11. Auflage, Stuttgart, Berlin,
Köln, Mainz 1980</p> |
| Soergel-Siebert | <p>Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Bd. 2, Schuldrecht I,
10. Auflage, Stuttgart, Berlin,
Köln, Mainz 1967</p> |
| Soergel-Siebert | <p>Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
II. Bd., Einzelne Schuldverhältnisse,
9. Auflage, Stuttgart 1962</p> |
| Stark, Wilhelm | <p>Die Durchführung der Wandlung beim
Bauwerkvertrage,
JW 1929, 1727 f.</p> |
| v. Staudinger | <p>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch mit Einführungsgesetz und Neben-
gesetzen,
Zweites Buch, Recht der Schuldver-
hältnisse, (§§ 249 - 254),
12. Auflage, Berlin 1980</p> <p>II. Bd., Recht der Schuldverhält-
nisse, Teil 1 c, (§§ 249 - 327),
10./11. Auflage, Berlin 1967</p> <p>Zweites Buch, Recht der Schuld-
verhältnisse, (§§ 255 - 327),
12. Auflage, Berlin 1979</p> |

- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 d, (§§ 328 - 432), 10./11. Auflage, Berlin 1978
- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, (§§ 433 - 580 a), 12. Auflage, Berlin 1978
- II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, (§§ 611 - 704), 11. Auflage, Berlin 1958
- Stoll, Hans Anm. zu BGH, Urt. v. 10.10.1974 - VII ZR 231/73 (OLG Hamm) (Schadensersatz wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit), JZ 1975, 252 ff.
- Strätz, H.W. Anm. zu BGH, Urt. v. 10.10.1974 - VII ZR 231/73 (Schadensersatz wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit), JR 1975, 334 f.
- Studienkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes bis Drittes Buch, bearb. v. Beuthien, Hadding, Lüderitz, Medicus, M. Wolf, 2. Auflage, Frankfurt 1979
- Sünner, Wolfgang Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gast, dem Speise- und Beherbergungsbetrieb und dem Reiseveranstalter bei Veranstaltung von Gesellschaftsreisen, Diss. iur. Hamburg 1968
- Teichmann, Arndt Die Struktur der Leistungsstörungen im Reisevertrag, JZ 1979, 737 ff.
- Tolk, Martin Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden, Berlin 1977
- Tonner, Klaus Der Reisevertrag, Kommentar zu §§ 651 a - k BGB, Neuwied 1979
- Ulmer/
Brandner/
Hensen AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. Auflage, Köln 1978

Westermann, Harry

Haftung für fremdes Handeln,
JuS 1961, 333 ff.

Weyers, Hans-Leo

Werkvertrag
Welche Ergänzungen und Fortentwicklungen sind im Werkvertragsrecht im Hinblick auf die technischen, wirtschaftlichen und juristischen Weiterentwicklungen der Rechtswirklichkeit geboten ?,
in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts,
Bd. II, S. 1115 - 1207,
hrsg. vom Bundesminister der Justiz,
Köln 1981

Wolf, Ernst

Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
2. Auflage, Köln, Bonn, Berlin,
München 1976

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handels- gesetzbuch von 1861
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingun- gen
AK	Alternativkommentar
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
APR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bes SchuldR	Besonderes Schuldrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BlGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union
CSU	Chrstlich Soziale Union
d.	des

DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
Dr.	Drucksache
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
E	Entwurf
EG	Erfüllungsgehilfe
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
entspr.	entsprechend
etc.	et cetera
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
Fußn.	Fußnote
FVE	Sammlung fremdenverkehrs- rechtlicher Entscheidungen
GAGB	Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbe- schränkungen
h.A.	herrschende Ansicht
Halbs.	Halbsatz
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des
iur.	iuristisch
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Kfz.	Kraftfahrzeug
LG	Landgericht
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
M	Motive zum BGB
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MietRändG	Gesetz zur Änderung mietrecht- licher Vorschriften
MK	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandes- gerichte in Zivilsachen
P	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB
Pers.bef.R	Personenbeförderungsrecht
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
Recht	Das Recht (Zeitschrift)
Ref E	Referentenentwurf
Reg E	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch; Kommentar, hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RTour	Recht der Touristik
s.	siehe
S.	Seite
SchlHanz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchuldR	Schuldrecht
Seuff A	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deut- schen Staaten
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt

str.	streitig
StudK	Studienkommentar
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
u.s.w.	und so weiter
v.	von/vom/vor
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
WA.	Warschauer Abkommen
Warn Rspr.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZR	Zivilrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

§ 1 Problemstellung, Thema und Gegenstand der Untersuchung, Arbeitsmethode und Zielsetzung

Am 1.10.1979 trat das neue Reisevertragsgesetz in Kraft. Der Deutsche Bundestag sah sich zur Verabschiedung dieses Gesetzes durch den Umstand veranlaßt, daß das Werkvertragsrecht, dem die Rechtsprechung die Regelung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Reiseveranstalter und dem Reisenden unterstellte¹⁾, der besonderen Ausgestaltung dieses Vertragstypes nicht gerecht werde.

Zur Begründung dieser Ansicht wurde angeführt, das Werkvertragsrecht gehe von dem Leitbild eines einheitlichen Werkes aus, während der Reisevertrag gerade durch eine Bündelung verschiedener Einzelleistungen, deren Erbringung sich über einen gewissen Zeitraum erstrecke, geprägt sei²⁾. Diese Einzelleistungen wähle der Reiseveranstalter im vorhinein aus, stimme sie aufeinander ab und "verkaufe" die so gebildete Einheit zu einem Gesamtpreis³⁾, so daß die tatbestandlichen Voraussetzungen des vertraglichen Leitbildes "Werkvertrag" nicht mehr erfüllt seien.

Außerdem bestehe beim Reisevertrag die Besonderheit, daß sich der Reiseveranstalter, der die Einzelleistungen in eigener Verantwortung zu erbringen habe, bei der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten häufig verschiedener Leistungsträger zu bedienen habe, die sich vom Begriff des Erfüllungsgehilfen des § 278 BGB wesentlich unterscheiden.

Da auch der sorgfältigste Reiseveranstalter auf die Auswahl und Überwachung dieser oftmals ausländischen

1) BGHZ 60, 14, (16) mit weiteren Nachweisen.

2) Rechtsausschuß BT Dr. 8/2343, S. 6.

3) Rechtsausschuß BT, a.a.O.

Leistungsträger nur einen begrenzten Einfluß habe, es jedoch gerade bei Reiseverträgen häufiger zu Leistungsstörungen komme als bei anderen Werkverträgen, sei ein gerechterer Interessenausgleich und eine schärfere Abgrenzung der Risikosphäre zwischen Reiseveranstalter und Reisendem zu besorgen¹⁾.

Zwar sei durch die Verwendung allgemeiner Reisebedingungen seitens der Reiseveranstalter ein vertragliches Gebilde geschaffen worden, das dem Reisevertrag eher entspreche als die bestehenden gesetzlichen Vertragstypen, aber die von den Reiseveranstaltern festgesetzten Vertragsbedingungen hätten die Interessen der Reisenden zu wenig berücksichtigt. Ziel der neuen gesetzlichen Regelung sei es daher, das Reisevertragsrecht auf eine eindeutige gesetzliche Grundlage zu stellen, die einen angemessenen Ausgleich der Interessen des Reisenden und des Reiseveranstalters gewährleiste. Zugleich solle die Rechtsstellung des Verbrauchers verbessert werden²⁾.

Die getroffene gesetzliche Regelung ist teils auf Zustimmung und teils auf heftige Kritik gestoßen. Während Befürworter des Gesetzes die Schaffung des Vertragstypes "Reisevertrag" aus den obengenannten Gründen begrüßen³⁾ und darüber hinausgehend eine abschließende Kodifizierung der Rechtsbeziehungen zwischen Reiseveranstalter und Reisendem aus Gründen der Einheitlichkeit und besseren Übersichtlichkeit zu Gunsten des rechtsunkundigen Verbrauchers fordern⁴⁾, stößt das Gesetz über-

1) Rechtsausschuß BT, a.a.O.

2) Rechtsausschuß BT, a.a.O.

3) Tonner, Reisevertrag, Einl., Rdnr. 55.

4) Tonner, a.a.O., Rdnr. 58.

wiegend auf Ablehnung.

Insbesondere wird bemängelt, daß ein großer Teil des Gesetzes entbehrlich sei. Die spezifischen Probleme des Reisevertragsrechts hätten durch Einfügung weniger Paragraphen oder Paragraphenabsätze in das Werkvertragsrecht des BGB zufriedenstellend gelöst werden können¹⁾.

Außerdem verschlechterte die Neuregelung entgegen ihrer Zielsetzung die Rechtsstellung des Reisenden durch einige Vorschriften - speziell der Möglichkeit der Haftungsbegrenzung - erheblich²⁾.

Die zwar vorwiegend ablehnende, aber in sich uneinheitliche Resonanz auf das Reisevertragsgesetz erzeugt bei dem betroffenen Kunden ebenso wie in der Rechtswissenschaft Ungewißheit darüber, wie es um den Verbraucherschutz im Pauschaltourismus denn nun tatsächlich bestellt ist.

Thema der folgenden Erörterung ist die Beantwortung der Frage, ob das neue Recht wirklich seiner Zielsetzung³⁾ gerecht wird, die Rechtsstellung des Verbrauchers zu verbessern, sowie einen angemessenen Ausgleich der Interessen des Reisenden und des Veranstalters herbeizuführen.

Als Gegenstand der Untersuchung bietet sich wegen seiner zentralen Bedeutung innerhalb des Reisevertragsrechts der Regelungskomplex Gewährleistung, Schadensersatz und Haftungsbegrenzung (§§ 651 c - 651 f, 651 h BGB) an: Die besondere praktische Relevanz dieser Normen spiegelt sich in der Gerichtsstatistik wieder, denn die Mehrzahl der auf dem Gebiet des Reiserechts anhängig gemachten Prozesse behandelt Gewährleistungs- und Haftungsprobleme⁴⁾.

1) Leonardy, DRiZ 1978, 267, (268); Minderheit des Rechtsausschusses, BT Dr. 8/2343, S. 7.

2) Bartl, NJW 1979, 1384, (1390); Leonardy, a.a.O., S. 268 f; Minderheit des Rechtsausschusses, a.a.O., S. 12.

3) Rechtsausschuß BT Dr. 8/2343, S. 6.

4) S. die Entscheidungssammlungen; z.B. FVE.

Die rechtstheoretische Rechtfertigung für eine Beschäftigung mit diesem Untersuchungsobjekt leitet sich aus dem Umstand ab, daß es sich bei dem reisevertraglichen Gewährleistungs- und Haftungsrecht um eine spezialgesetzliche, in sich geschlossene und abschließende Regelung handeln soll, welche - insbesondere auch nach den Vorstellungen des Gesetzgebers¹⁾ - das eigentliche Kernstück²⁾ der Reformstrebungen darstellt.

Die Arbeitsmethode kennzeichnet sich durch einen Vergleich der reisevertraglichen Gewährleistungs- und Haftungs Vorschriften mit der bisherigen Rechtslage. Der Gang der Erörterungen gliedert sich in zwei Abschnitte; im Rahmen einer fortfolgenden Gegenüberstellung werden die einzelnen Mängelrechte sowie die Möglichkeit der Haftungsbegrenzung hinsichtlich ihrer Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen verglichen und ihre Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Reisenden festgestellt. Bei einer Divergenz mit bisher geltendem Recht erfolgt eine Überprüfung der neuen Vorschrift auf ihre Angemessenheit, die hierbei anzuwendenden Kriterien ergeben sich aus den vertragsspezifischen Besonderheiten des Reiserechts.

Abschließend werden die aufgezeigten Vorteile und Mängel des neuen Rechts zusammengefaßt und für den Entwurf eines Alternativvorschlags herangezogen, der die typischen Rechtsprobleme des Pauschalismus adäquat erfaßt.

Angesichts des nach langjährigen Vorarbeiten endlich abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahrens dürften eigene kritische Gedanken und Lösungsvorschläge keinen Einfluß auf die Gestaltung des Gesetzestextes ausüben, eine Änderung des gegenwärtigen Rechts ist in absehbarer Zeit

1) der Entwurf sah eine "eingehende Regelung" des Gewährleistungs- und Haftungsrechts vor, Rechtsausschuß BT Dr. 8/2343, S. 1.

2) Palandt-Thomas, Einf., 1 v. §§ 651 a-k; Löwe, MK Vor § 651 a, Rdnr. 9; Larenz, SchuldR, BT § 53 V a), a.E.

nicht zu erwarten. Die Untersuchung verfolgt daher in erster Linie den Zweck, die gegenwärtige Gesetzgebungstechnik der Legislative einer kritischen Würdigung zu unterziehen und ihre Unzulänglichkeiten aufzuzeigen. Daneben mag die eingehende Erörterung des reisevertraglichen Mängelrechts eine Hilfe bei der Auslegung des neuen Rechts sein.

Hauptteil

Das reisevertragliche Gewährleistungsrecht

1. Abschnitt: Anwendungsbereich, Abgrenzung

§ 2 Unmöglichkeit/Gewährleistung

Schon bei der einer inhaltlichen Beurteilung des Gewährleistungsrechts vorgelagerten Frage nach seinem Geltungsbereich zeigt sich in der Literatur der für das gesamte Reisevertragsrecht symptomatische Dissens der Meinungen. Über die Bestimmung des Anwendungsgebietes der Mängelrechte - speziell zu einer Abgrenzung gegenüber dem eng angelagerten Gebiet der Unmöglichkeitsvorschriften¹⁾ - lassen sich nur schwer zwei kongruente Auffassungen ausfindig machen.

Eine klare Trennung der Eingriffsbereiche von allgemeinem Leistungsstörungenrecht (§§ 306 f, 323 ff BGB) und reisevertragsspezifischem Gewährleistungsrecht ist hierbei nicht nur von akademischem Interesse, ihr kommt vielmehr erhebliche praktische Bedeutung im Rahmen eines angewandten Konsumentenschutzes zu: Abgesehen von den unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrechts bestehen bedeutsame Abweichungen hinsichtlich Verjährung und Abdingbarkeit. So verjähren Ansprüche wegen Schlechterfüllung nach § 651 g BGB in sechs Monaten, Ansprüche wegen Nichterfüllung gemäß § 195 BGB nach 30 Jahren. § 651 k BGB schützt den Reisenden vor vertraglichem Ausschuß seiner Rechte durch eine Teilunabdingbarkeitsklausel, die ein Abweichen von dem Reisevertrags-

1) Da die einzelne Reiseleistung auf einen fixen Zeitpunkt bestimmt ist (Abflug) bzw. über einen festgelegten Zeitraum zu erbringen ist (Unterkunft), können aufgetretene Mängel nicht rückwirkend beseitigt werden; im Reiserecht schlägt der Mangel daher leicht in (Teil-) Unmöglichkeit um.

gesetz zu seinen Lasten verhindert. Ansprüche nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht werden von dieser reiserechtlichen Schutzvorschrift nicht erfaßt, so daß die Veranstalter abweichende, den Reisenden belastende Regelungen¹⁾ in den Vertrag einbeziehen können²⁾.

Angesichts dieser tiefgreifenden Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Reisenden erscheint eine eindeutige Zäsur zwischen Unmöglichkeit- und Gewährleistungstatbeständen um so dringlicher³⁾.

Unschwer lassen sich diejenigen Sachverhalte unter die allgemeinen Leistungsstörungsvorschriften einordnen, in denen die gesamte Reise nicht durchgeführt wird⁴⁾. Problematisch erscheint die Abgrenzung hingegen bei anfänglicher und nachträglicher Teilunmöglichkeit, wenn wesentliche Leistungsteile nicht erbracht werden. Als Beispiele⁵⁾ seien hier genannt, daß bei einer

-
- 1) wegen der meist formularmäßigen Einbeziehung durch AGB jedoch nur im Rahmen des AGBG.
 - 2) Hierzu Eberle, DB 1979, 341; Teichmann, JZ 1979, 737.
 - 3) Zumindest diese Problematik war dem Regierungsentwurf noch unbekannt, denn er enthielt in § 15 II einen einheitlichen sowohl Mangelhaftigkeit wie Unmöglichkeit umfassenden Leistungsstörungsbegriff: "Wird eine Reiseleistung nicht oder nicht vertragsmäßig erbracht...", BT Dr. 8/786, S. 7.
 - 4) Abwegig Hoppmann, BlGBW 1979, 161, (163), der die Anwendbarkeit von allgemeinem Leistungsstörungenrecht überhaupt leugnet und alle Fälle von Vertragsstörungen durch das reisevertragliche Mängelrecht erfaßt sieht.
Unzutreffend auch Erman-Seiler, Vor §§ 651 c - 651 g, RdNr. 5, der ab Vertragsschluß ausschließlich Gewährleistungsrecht anwenden will. Vor Leistungsbeginn fehlt schon begrifflich ein Substrat für die Anwendung von Mängelrecht.
 - 5) siehe Eberle, a.a.O.

Kreuzfahrt einige Zielhäfen nicht angelaufen werden können, infolge Hotelstreiks das Essen nicht zubereitet wird, am Zielort die vorgesehenen Sporteinrichtungen nicht benutzbar sind oder die gebuchten Zimmer noch einige Tage belegt sind.

Die Qualifizierung dieser Tatbestände als Nicht- oder Schlechtleistung mit den damit verbundenen Unterschieden in den Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen gerät dabei in die Gefahr, als willkürlich zu erscheinen und insbesondere für den rechtsunkundigen Reisenden zu einem freien Spiel des Zufalls ohne sachliche Rechtfertigung zu werden.

Berücksichtigt man die Intention des Gesetzgebers, die Rechtsstellung des Reisenden zu verbessern¹⁾, so ist auch schwer begreiflich, warum der Reisende unter den Schutzbereich des Reisevertragsgesetzes fallen soll, wenn das Essen schlecht schmeckt, nicht aber, wenn es überhaupt nicht serviert wird.

Erstrebenswertes Ziel bei der Abgrenzung Unmöglichkeit-Gewährleistung ist es daher, Kriterien zu finden, die dem Umstand Rechnung tragen, daß das reisevertragliche Gewährleistungsrecht die vertragsspezifischen Leistungsstörungen angemessener regelt als das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 323 ff BGB.

§ 3 Die einzelnen Abgrenzungsmöglichkeiten

I. Konkretisierung durch Abnahme/Vollendung

Die Stellung des Reisevertrages im System des BGB als ein dem Werkvertrag ähnlicher Vertrag²⁾ legt es nahe, ebenso wie im Werkvertragsrecht die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften und des Gewährleistungsrechts an eine zeitliche Grenze zu knüpfen.

1) Rechtsausschuß BT Dr. 8/2343, S. 6.

2) Art. 1, Nr. 1 des Gesetzes.

Im Werkvertragsrecht konkretisiert sich durch die Abnahme des Werkes der Leistungsgegenstand des Unternehmers auf das angefertigte Werk, bis zu diesem Zeitpunkt stehen dem Besteller der Erfüllungsanspruch (§ 631 BGB) und das allgemeine Leistungsstörungsrecht zu, nach Abnahme finden nur noch die besonderen Vorschriften des Werkvertragsrechts Anwendung¹⁾.

Nun stellt die Pauschalreise nach überwiegender Auffassung²⁾ ein nicht abnahmefähiges Werk dar.

Als maßgeblicher zeitlicher Scheidungspunkt bietet sich daher die Vollendung der Reise an, da auch nach Werkvertragsrecht (§ 646 BGB) bei nicht abnahmefähigen Werken die Vollendung hinsichtlich einiger Vorschriften die Abnahme vertritt. Durch die Vollendung tritt ebenso wie durch die Abnahme eine Konkretisierung auf das geleistete Werk ein³⁾, so daß dem Besteller vom Zeitpunkt der Vollendung an nur noch die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte zustehen. Eine Übertragung dieser Grundsätze auf das Reisevertragsrecht ist jedoch zur Abgrenzung des Geltungsbereichs von allgemeinem Leistungsstörungsrecht und Gewährleistungsvorschriften untauglich, denn ein Teil der Rechte wie z.B. der Abhilfeanspruch, das Selbsthilfe- und das Kündigungsrecht muß gerade während der Reise, also vor Vollendung von dem Reisen den geltend gemacht werden können.

1) Erman-Seiler § 633, Rdnr. 59 ff; Soergel-Mühl § 633, Rdnr. 9; BGHZ 62, 83, (86); zur Konkurrenz der besonderen mit den allgemeinen Regeln vor Abnahme nach heute h.L.s. Jakobs, in: Festschrift für Günther Beitzke, S. 67 (68 ff).

2) Teichmann, JZ 1979, 737, (738) mit weiteren Nachweisen.

3) V. Staudinger-Riedel § 640, Rdnr. 15.

Das Charakteristikum des Reisevertrags, die Erbringung einer Anzahl von Reiseleistungen über einen gewissen Zeitraum "an" eine Person hat zur Folge, daß nach Beendigung der Reise kein Leistwerk mehr vorhanden ist, an dem Abhilfe-, Selbsthilfe- und Kündigungsrechte ausgeübt werden können. Diese Rechte erfüllen vielmehr nur solange ihre Funktion, wie die vertraglich geschuldete Leistung noch erbracht wird und noch gegenwärtig ist.

Andere Mängelrechte wie etwa der Aufwendungsersatzanspruch, das Minderungsrecht und der Schadensersatzanspruch werden in der Regel erst nach Ablauf der Reisezeit geltend gemacht. Die Vollendung, also das Ende der Reise ist demzufolge für die Existenz der Gewährleistungsrechte bedeutungslos, sie kann kein Merkmal für die Abgrenzung von Nichterfüllung und Schlechterfüllung darstellen.

II. Beginn der Reise

Die Gemeinsamkeiten des Reiserechts mit dem Mietrecht - in beiden Vertragstypen wird die Gewährung von Leistungen oder Sachen zum Gebrauch über einen gewissen Zeitraum geschuldet - lassen es sinnvoll erscheinen, ähnlich wie im Mietrecht (§ 537 BGB) auf den Zeitpunkt des Leistungsbeginns, also den Antritt der Reise abzustellen¹⁾.

Gegen diese schematische Einteilung spricht, daß der Reisende im Einzelfall ein begründetes Interesse daran haben kann, Gewährleistungsrechte auch schon vor Beginn der Reise geltend zu machen:

Erfährt er z.B. vor Abfahrt von Bekannten, die am selben Urlaubsort ihre Ferien verbracht haben²⁾ oder durch in den Medien verbreitete Reiseinformationen von schwerwiegenden und unbehebbar Reisemängeln, so steht

1) so Bartl, NJW 1979, 1384, (1386, Fußn. 30) bei nachträglicher Unmöglichkeit

2) Beispiel bei Teichmann, JZ 1979, 737, (738); ebenso Löwe, MK § 651 e, Rdnr. 1.

ihm nach allgemeiner Auffassung schon zu diesem Zeitpunkt das Kündigungsrecht zu. Verwies man ihn auf die Rücktrittsmöglichkeit nach § 651 i BGB, so belastete man ihn mit der Stornogebühr¹⁾, obwohl der Reisemangel der unternehmerischen Risikosphäre des Veranstalters zuzurechnen ist.

Kündigt der Kunde vor dem Abflug und verlangt Schadensersatz wegen nutzloser Aufwendungen²⁾, so ist der vereinbarte Zeitpunkt der Abreise für die Geltendmachung seines Ersatzanspruchs ohne Bedeutung.

Unterrichtet der Veranstalter den Kunden nach Vertragsabschluß, aber vor Reiseantritt darüber, daß eine Unterbringung in dem vorgesehenen Hotel wegen fehlerhafter Buchung nicht möglich sei, eine Ersatzunterkunft geringerer Qualität aber zur Verfügung stehe, so verstieße es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, dem Reisenden die Berufung auf sein Minderungsrecht zu versagen; vielmehr ist er schon jetzt nur noch zur Zahlung des herabgesetzten Reisepreises verpflichtet³⁾.

Der Reisebeginn ist daher als schematisches Kriterium zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Mängelrecht ungeeignet.

-
- 1) Argument von Teichmann, a.a.O., Fußn. 14 und Löwe, a.a.O., RdNr. 2.
 - 2) Z.B. kann bei einer Safari nicht mit dem erwarteten Jagderfolg gerechnet werden, weil sich die Herden aus dem Zielgebiet zurückgezogen haben, der Reisende hat sich bereits eine neue Jagdausrüstung zugelegt; der vorgesehene Fremdsprachenunterricht fällt aus, der Reisende hat sich schon mit dem Lehrmaterial versorgt.
 - 3) Dolo agit qui petit quod statim redditurus est. Im Kaufrecht entspricht die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten vor Gefahrübergang wegen unbehebbarer Mängel allg. Ansicht; v. Staudinger-Honsell, Vorbem. zu § 459, RdNr. 18, m.w.N.

III. Begriffliche Abgrenzung

In der Literatur¹⁾ wird teilweise der Versuch unternommen, eine Scheidung an Hand einer begrifflichen Einordnung vorzunehmen.

Hierbei wird darauf abgestellt, ob die einzelne Teilleistung schlecht oder überhaupt nicht erbracht wird²⁾. Können z.B.³⁾ bei einer Kreuzfahrt einige Zielhäfen nicht angelaufen werden und fallen die vorgesehenen Besichtigungen aus, so läge Teilunmöglichkeit vor.

Werden die Häfen zwar angelaufen, jedoch zur Nachtzeit oder jeweils zu kurz, sei die Leistung mangelhaft. Entfällt der Zimmerservice oder die Verpflegung ganz, so handele es sich um Teilunmöglichkeit, werden nur einzelne Serviceleistungen erbracht (Zimmerreinigung, Handtuchwechsel, einige Mahlzeiten fallen aus), so würde mangelhaft erfüllt.

Dieser Abgrenzungsmodus scheint zu überzeugen, zumal der Begriff der "Teil-"unmöglichkeit eine Unterscheidung an Hand der Unmöglichkeit oder bloßen Fehlerhaftigkeit einer einheitlichen "Teil-"leistung anbietet. Er ist jedoch nicht bedenkenfrei. Bei rechtsdogmatischer Betrachtung fällt auf, daß die vorgenommene Einteilung so eindeutig nicht ist, die Fälle von teilweiser Unmöglichkeit und Mangelhaftigkeit sich begrifflich überschneiden:

-
- 1) so Eberle, DB 1979, 341 f; ders., in: Reisevertrag, S. 32.
 - 2) Ähnlich Löwe, BB 1979, 1357, (1361); ders., in: MK Vor § 651 c, Rdnr. 10; auch Palandt-Thomas § 651 c-g Vor 3a), wonach auf den Umfang der nicht erbrachten Reiseleistung und dem Interesse des Reisenden an dieser Leistung abzustellen sei; liege auch Unmöglichkeit vor, so stehe dem Reisenden ein Wahlrecht zu. Auf den Umfang der nicht erbrachten Leistung stellt auch Brox, Besonderes SchuldR, Rdnr. 289 d ab.
 - 3) Beispiele bei Eberle, a.a.O.

Ebenso wie beim Werkvertrag ist die Mangelfreiheit Teil der Hauptleistungspflicht (§§ 633 I, 651 c I BGB). Den Inhalt der Leistungspflicht legen die Parteien bei Vertragsschluß fest und damit bestimmen sie, welche Leistung nicht mehr vertragsgemäß, mithin mangelhaft ist. Bei Anwendung dieses subjektiven Fehlerbegriffs ergibt sich, daß die Fälle teilweiser Unmöglichkeit immer auch zugleich einen Mangel aufweisen; die Anwendungsbereiche der §§ 306, 323 ff und der §§ 651 c-f BGB überlagern sich¹⁾.

Die von Eberle verwendeten begrifflichen Differenzierungskriterien sind willkürlich und ignorieren den tatbestandsmäßigen Überschneidungsbereich von Teilunmöglichkeit und Mangelhaftigkeit.

Darüber hinaus vernachlässigt diese dogmatisch unzulängliche Abgrenzung die Forderung nach mehr Konsumentenschutz: Dem rechtsunkundigen Reisenden geht bei einem ungefähr gleichmäßig verteilten Auftreten von Leistungsstörungen- und Gewährleistungstatbeständen die Übersicht über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen seiner Ansprüche vollends verloren²⁾.

Überdies wäre das reisevertragliche Gewährleistungsrecht, das gerade die typischen Probleme des Tourismus erfassen soll, zu Gunsten eines vertragsunspezifischen Leistungsstörungenrechts häufig nicht anwendbar.

IV. Qualitative Abgrenzung

Der Lösungsweg ist in der Kritik zu letzterem Abgrenzungsversuch schon vorgezeichnet.

Generell indiziert der Sonderregelungscharakter von vertragsspezifischem Mängelrecht die diesem Vertrags-

1) Teichmann, JZ 1979, 737, (738).

2) Dies gilt insbesondere bei einem Wahlrecht des Reisenden zwischen seinen Ansprüchen, wie es von Löwe und Palandt-Thomas a.a.O. vorgeschlagen wird. Wann liegt ein umfangmäßig "großer" Fehler vor?

typ angemessenste Erfassung von Störungen im Erfüllungsvorgang¹⁾. Soweit sich die Voraussetzungen von Teilunmöglichkeit und mangelhafter Leistung decken, genießen die auf den besonderen Vertragstyp "Reisevertrag" zugeschnittenen Vorschriften als die präsumtiv angemesseneren Regeln den Vorzug gegenüber allgemeinem Leistungsstörungenrecht²⁾.

Solange eine Reiseleistung als mangelhaft zu beurteilen ist, richten sich die Rechte des Reisenden ausschließlich nach den §§ 651 c ff BGB.

Da unter Geltung des subjektiv - objektiven Fehlerbegriffs jede negative Abweichung der erbrachten Leistung von der vertraglich vereinbarten oder üblicherweise zu erwartenden Beschaffenheit einen Mangel darstellt, ist nicht nur die nach Qualitätsmerkmalen schlechtere, sondern auch die umfangmäßig geringere Leistung eine mangelhafte³⁾.

Dieser Abgrenzungsmodus rechtfertigt sich aber nicht bloß aus der generellen Vermutung, er sei der geeignetste, er bietet auch den konkreten Vorteil eines sicheren Differenzierungskriteriums und gewährleistet einen einheitlichen Komplex von Rechtsfolgen:

In den obengenannten Beispielsfällen - Nichtanlaufen einiger Zielhäfen bei Kreuzfahrt, Ausfall von Zimmerservice oder Verpflegung - wäre ausschließlich reisevertragliches Gewährleistungsrecht anzuwenden. Aus der Sicht des Kunden gleichwertige Mängel (Essen schmeckt schlecht - Verpflegung entfällt völlig) ließen die-

1) zum Vorrang der speziellen Vorschriften v. Staudinger-Honsell, Vorbem. zu § 459, Rdnr. 12.

2) Zutreffend Teichmann, a.a.O.

3) Teichmann, a.a.O., S. 738 f; inkonsequent allerdings, wenn er bei nur bruchstückhaften Teilleistungen oder völliger Zweckverfehlung der Reise Unmöglichkeit annimmt. Für diese Einschränkung fehlt jeder Anlaß; dagegen mit Recht Erman-Seiler, Vor §§ 651 c- 651 g, Rdnr. 5.

selben Ansprüche entstehen, die willkürlich erscheinende Aufspaltung der Rechtsfolgen nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht würde vermieden.

Daneben erzeugt die hier vorgeschlagene Abgrenzungsmethode einen wesentlichen verbraucherschützenden Effekt: Regelmäßig verfügt der Reisende am Urlaubsort über geringere Informationsmöglichkeiten hinsichtlich der Entstehungsvoraussetzungen seiner Mängelrechte als am Heimatort; die einheitliche Anwendung reisevertraglichen Gewährleistungsrechts erleichtert ihm den Überblick über seine Rechtsstellung in einer Lebenssituation, die durch eine erschwerte Informationsmöglichkeit auf diesem Gebiet typischerweise behindert ist.

2. Abschnitt: Die einzelnen Gewährleistungsrechte

§ 4 Der Abhilfeanspruch

Grundsatz kostenfreier Nachbesserung

Entsprechend der systematischen Einordnung des Reisevertrags in das BGB als einen dem Werkvertrag ähnlichen Vertrag¹⁾ hat der Gesetzgeber die Gewährleistungsvorschriften in enger Anlehnung an das Werkvertragsrecht konzipiert.

Ebenso wie dort steht dem Reisenden bei mangelhafter Leistung als nächstliegender Gewährleistungsanspruch das Recht auf Abhilfe zu. Abgesehen von den durch den spezifischen Geltungsbereich des Gesetzes bedingten sprachlichen Abweichungen unterscheidet sich der reisevertragliche Abhilfeanspruch (§ 651 c II BGB) von seinem Vorbild (§ 633 II BGB) lediglich dadurch, daß er mangels Verweises auf § 476 a BGB den Veranstalter nicht ausdrücklich mit den Kosten der Nachbesserung belastet. Bei einer vordergründigen Betrachtung liegt der Schluß nahe, der Grundsatz kostenfreier Nachbesserung habe im Reisevertragsrecht keine Geltung. Diese Folgerung erscheint um so zwingender, als die Normierung sowohl der unternehmerischen Leistungspflicht (§ 651 c I BGB) als auch des Abhilfeanspruchs (Abs. 2) der werkvertraglichen Regelung des § 633 I und II 1, 3 BGB - von den erwähnten sprachlichen Anpassungen abgesehen - inhaltlich voll entspricht.

Für den Reisenden bedeutete diese Interpretation der Vorschrift eine gravierende Benachteiligung: Er hätte aus eigener Tasche dem Veranstalter die Kosten zu erstatten, die diesem bei Beseitigung der von ihm selbst zuvor verursachten Schlechtleistung entstünden.

1) Art. 1, Nr. 1 des Gesetzes

Die grobe Unbilligkeit dieser Auffassung ist evident, sie wird indessen in der Literatur auch nicht vertreten; nach allgemeiner Ansicht gilt vielmehr die kostenlose Nachbesserung als allgemeingültiges Prinzip auch im Reiserecht¹⁾, die Kodifizierung der Kostentragungspflicht in § 633 II 2 BGB hat nur klarstellende Funktion²⁾. Allein der Rechtsausschuß des Bundesrates³⁾ sah in dem fehlenden Verweis auf § 476 a BGB ein Abweichen vom Grundsatz der unentgeltlichen Abhilfe.

Für die Entscheidung dieses Streits kommt dem Rechtscharakter des Abhilfeanspruchs wesentliche Bedeutung zu.

Der reiserechtliche Abhilfeanspruch ist ebenso wie der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch - im Gegensatz zu den sekundären Gewährleistungsrechten der §§ 651 d - f BGB - als ein reiner Erfüllungsanspruch⁴⁾ ausgestaltet, gerichtet auf die Erbringung einer mangelfreien Reise (§ 651 a I 1 i.V.m. § 651 c I BGB). Dieser Verpflichtung steht in synallagmatischer Verknüpfung die vertragliche Hauptleistungspflicht des Reisenden zur Entrichtung des vereinbarten Reisepreises (§ 651 a I 2 BGB) gegenüber. Erbringt der Reisever-

1) Löwe, MK, § 651 c Rdnr. 16; ders., in: BB 1979, 1357, (1362); Erman-Seiler, § 651 c Rdnr. 10; Palandt-Thomas, § 651 c Anm. 3.

2) Rechtsausschuß BT Dr. 7/5422. S. 15; Coester-Waltjen, in: Schlosser-Coester-Waltjen-Graba, AGBG, § 25 Rdnr. 3; zur Kostentragungspflicht des Unternehmers vor Einführung des § 476 a siehe BGH NJW 1963, 805, (806); 1973, 46, (47).

3) BR Dr. 29/1/79 v. 31.1.1979.

4) im Werkvertragsrecht ganz h.A.; stellvertretend v. Staudinger-Riedel, § 633 Rdnr. 16; BGH NJW 1963, 805, (806).

anstanter nicht auf Anhieb eine fehlerfreie Reiseleistung, so räumt § 651 c II 1 BGB dem Reisenden zunächst nur einen Abhilfeanspruch ein; weitere Rechte wie Selbsthilfe (§ 651 c III BGB), Kündigung (§ 651 e BGB) und Schadensersatz (§ 651 f BGB) stehen dem Reisenden erst bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen wie erfolgloser Nachfristsetzung (§ 651 c III BGB) oder Verschulden (§ 651 f BGB) zu.

Hierdurch soll dem Veranstalter zunächst noch einmal die Möglichkeit eingeräumt werden, seine vertragliche Hauptleistungspflicht – die Erbringung einer mangelfreien Reiseleistung – doch noch zu erfüllen.

Dann steht ihm aber für diese nachträgliche Erfüllung seiner Verpflichtung, als deren Äquivalent er den vereinbarten Reisepreis erhält, nicht auch noch Ersatz für Aufwendungen zu, die ihm bei der nachträglichen Leistungserbringung entstanden sind.

Anderenfalls erhielte er für die Erfüllung seiner ursprünglichen Leistungspflicht ein zweifaches Entgelt, obwohl der Mangel der Reise in seiner unternehmerischen Risikosphäre begründet ist.

Das Reisevertragsgesetz schützt den Veranstalter durch den Einwand der Unverhältnismäßigkeit vor einem Abhilfebegehren des Reisenden, bei dem der erforderliche Aufwand in einem objektiven Mißverhältnis zu dem Vorteil des Reisenden stehen würde (§ 651 c II 2 BGB).

Löwe¹⁾ weist zutreffend darauf hin, daß es einer solchen Schutzvorschrift nicht bedürfte, wenn der Veranstalter nicht den Aufwand selbst zu tragen hätte.

Für eine allgemeine Kostentragungspflicht des zur Abhilfe verpflichteten Veranstalters spricht ferner entscheidend die Ausgestaltung des Selbsthilfe-

1) Löwe, MK, § 651 c Rdnr. 16.

rechts¹⁾ (§ 651 c III 1 BGB) des Reisenden.

Wenn ihm nach erfolglosem Ablauf der von ihm gesetzten Frist ein Anspruch auf Selbsthilfe und Aufwendungsersatz zusteht, so bedeutet dies, daß er eine Tätigkeit vornehmen darf, die grundsätzlich dem Veranstalter obliegt und die dieser auf eigene Kosten durchzuführen hat.

Folglich ist davon auszugehen, daß der reiserechtliche Abhilfeanspruch - ebenso wie sein werkvertragliches Pendant - den Grundsatz kostenfreier Mängelbeseitigung beinhaltet. Der ausdrücklichen Fixierung dieses allgemein gültigen Prinzips in § 633 II 2 BGB kommt insoweit nur klarstellende Bedeutung zu²⁾.

Die Einführung des § 651 c II BGB beeinträchtigt die Rechtsstellung des Reisenden nicht³⁾.

1) so BT Dr. 7/3919, S. 44 zu § 633 II BGB.

2) so ausdrücklich Rechtsausschuß BT Dr. 7/5422, S. 15; Coester-Waltjen, AGBG, § 25 Rdnr. 3.

3) Unverständlich Löwe, DAR 1979, 264, (268), der in dieser Vorschrift eine Erweiterung des Abhilfeanspruchs sieht, da der Veranstalter möglicherweise eine höherwertige Leistung erbringen müsse. Hierzu war der Unternehmer jedoch schon nach bisher geltendem Recht verpflichtet.

§ 5 Das Selbsthilferecht

Abweichend vom Miet- und Werkvertragsrecht (§§ 538 II, 633 III BGB) verlangt das Reiserecht als Entstehungsvoraussetzung für das Selbsthilferecht anstelle von Verzug den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Nachfrist (§ 651 c III BGB). Die Resonanz der Literatur auf diese Änderung ist erwartungsgemäß uneinheitlich. Die Befürworter der neuen Regelung sehen in ihr offensichtlich eine Erleichterung eigenhändiger Abhilfe¹⁾, nach Auffassung der Kritiker handelt es sich bei dem Erfordernis der Nachfristsetzung um ein überflüssiges, einer effektiven Durchführung der Selbsthilfe hinderliches Tatbestandselement²⁾.

I. Nachfrist

Gerade der Reisende hat ein Interesse daran, wegen des zeitlichen Ablaufs des Leistwerks Reise möglichst schnell in den Genuß einer mangelfreien Reiseleistung zu gelangen. Ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung der rechtlichen Situation des Kunden ist daher die Beantwortung der Frage, wie rasch sein Selbsthilferecht zur Entstehung gelangt.

1) Beuthien, StudK, BGB, § 651 c Anm. 4; Erman-Seiler, § 651 c Rdnr. 11; Soergel-Mühl, § 651 c Rdnr. 6.

2) Leonardy, DRiZ 1978, 267, (268); Bartl, Reiserecht, Rdnr. 42; ders., in: Die Information 1979, Nr. 13 - 14, S. 321, (323) sieht hierin eine Aufweichung des Fixgeschäftscharakters der Reiseleistung.

1. Entstehungszeitpunkt nach Werkvertragsrecht

Das werkvertragliche Selbsthilferecht entsteht, sobald der Unternehmer sich mit der Nachbesserung in Verzug befindet, d.h., "auf" die Mahnung des Gläubigers nicht leistet (§ 284 I BGB).

Fraglich ist daher, innerhalb welchen Zeitraumes der Schuldner nach Zugang der Mahnung noch leisten darf, ohne die Verzugsfolgen auszulösen.

In der älteren Rechtsprechung und Literatur wurde die Ansicht vertreten, dem Schuldner müsse auf die Mahnung noch eine "mäßige Zeit" zur Bewirkung der Leistung gelassen werden¹⁾.

Diese Auffassung berücksichtigt jedoch nicht in gebührendem Maße, daß der Leistungsanspruch des Gläubigers bereits fällig ist und die Mahnung nur die Funktion hat, den Schuldner unter den Druck der Verzugsfolgen zu setzen, deren Eintritt er nur durch alsbaldige Leistung vermeiden kann.

Dem Schuldner ist entsprechend dem Zweck der Mahnung nur diejenige Zeit zur Erbringung der Leistung zuzubilligen, die ein leistungsbereiter Schuldner benötigt, um seine Verpflichtung zu erfüllen²⁾.

Ein vertragstreuer und leistungsbereiter Schuldner kann in Kenntnis der Fälligkeit seiner Verpflichtung jederzeit die geschuldete Leistung erbringen.

1) OLG Kiel, SchlHanz. 1915, 179; "kurze Zeitspanne", Planck-Siber, § 284 Anm. 7 a; heute noch Soergel, MK § 633, Rdnr. 106; ablehnend Göhner, NJW 1980, 570.

2) v. Staudinger-Löwisch, § 284, Rdnr. 44; RG Seuff A 75, Nr. 185.

Durch die Versagung einer Leistungsfrist nach Zugang der Mahnung wird der Schuldner auch nicht unsachgerecht belastet, da er die Verzugsfolgen durch nachträgliche Leistung für die Zukunft (außer bei Wegfall des Gläubigerinteresses, § 286 II 1 BGB) vermeiden kann.

Nach Werkvertragsrecht entsteht das Selbsthilferecht des Bestellers in dem Augenblick, in welchem der Unternehmer nach Zugang der Mahnung zur Mängelbeseitigung nicht unmittelbar mit der Leistungstätigkeit beginnt¹⁾.

2. Entstehungszeitpunkt nach Reisevertragsrecht

Welcher Zeitraum als eine "angemessene Frist" i. S. d. § 651 c III BGB anzusehen ist, kann nicht allgemein beantwortet werden; der Begriff "Angemessenheit" impliziert, daß jeweils auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Im Gegensatz zur Feststellung des Verzugseintritts sind bei der Beurteilung der Angemessenheit der Frist die Interessen beider Seiten zu berücksichtigen²⁾.

Schon aus diesem Abwägungserfordernis ergibt sich wegen der Berücksichtigung der Interessenlage des Veranstalters, daß bis zur Entstehung des Selbsthilferechts des Reisenden ein längerer Zeitraum vergehen kann, als dies bei der verzugsabhängigen Vorschrift des Werkvertragsrechts der Fall ist.

Zwar entspricht es allgemeiner Auffassung, daß wegen der zeitlichen Begrenztheit einer Reise und des darin begründeten Interesses des Reisenden an einer möglichst baldigen Mängelbeseitigung auch relativ kurze Fristen angemessen sein können³⁾.

1) zutreffend Göhner, a.a.O., zum Verzugsbeginn allgemein.

2) Bartl, Reiserecht, Rdnr. 43.

3) Tonner, Reisevertrag § 651 c, Rdnr. 20;
BT Dr. 8/786, S. 26, zu § 15 IV d. Entwurfs v.
27.7.1977.

So ist der Veranstalter umso schneller zur Abhilfe verpflichtet, je schwererwiegend der Mangel ist¹⁾.

Im konkreten Fall ist ferner in Erwägung zu ziehen, ob dem Reisenden im Falle des Fehlschlagens der Abhilfe noch hinreichend Zeit zur Verfügung steht, um sich durch eigene Maßnahmen - z. B. Beschaffung eines Ersatzquartiers oder Rückflug - zu schützen²⁾.

Dieser besonderen Interessenlage des Reisenden trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß es in § 651 c III 2 BGB vom Erfordernis der Fristbestimmung absieht, wenn der Veranstalter die Abhilfe verweigert oder wenn die sofortige Abhilfe durch ein besonderes Interesse des Reisenden geboten ist³⁾.

Aus alldem ergibt sich, daß die "angemessene Frist" in der Praxis regelmäßig sehr kurz ausfallen oder gemäß § 651 c III 2 BGB ganz entfallen kann.

Jedoch entsteht - abgesehen von der Ausnahme des Abs. 3 S. 2 - das reisevertragliche Selbsthilferecht regelmäßig später als das werkvertragliche, da § 651 c III BGB die Setzung der Mängelbeseitigungsfrist zur Regel erhebt, innerhalb des § 633 III BGB das Recht auf selbsttätige Abhilfe hingegen unmittelbar nach Zugang der Mahnung entsteht.

Insofern beinhaltet die reiserechtliche Selbsthilfenorm sicherlich eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Reisenden⁴⁾.

1) Tonner, Reisevertrag, § 651 c, Rdnr. 14.

2) Bartl, NJW 1978, 729, (731).

3) Z. B. steht dem zur Nachtzeit ankommenden Reisenden die vorgesehene Unterkunft nicht zur Verfügung (Bartl, a.a.O.); die erforderliche Abhilfeleistung käme mangels eines örtlichen Beauftragten des Veranstalters zu spät (Palandt-Thomas, § 651 c, Anm. 4).

4) Ebenso Leonardy, DRiZ 1978, 267, (268);
BR Dr. 29/1/79, v. 31.1.1979 zu Art. 1, Nr. 2
(§ 651 c BGB), Begründung cc).

3. Schutzbedürfnis des rechtsunkundigen Reisenden

Ein weiteres Kriterium für die Bewertung der neuen Selbsthilfenvorschrift als einer verbraucherschützenden Norm ist in der Frage enthalten, ob auch für den rechtsunkundigen Reisenden die Entstehungsvoraussetzungen seiner Rechte überschaubar sind. Die verbraucherschützende Wirkung eines Gesetzes entfällt, wenn dem einzelnen die Geltendmachung seiner Rechte durch formale Voraussetzungen erschwert wird.

Der juristisch nicht vorgebildete Reisende wird häufig nicht wissen, daß er vor Ausübung der Selbsthilfe dem Veranstalter eine angemessene Nachfrist zur Mängelbeseitigung setzen muß¹⁾. Da die Fristsetzung nur ausdrücklich erfolgen kann, wird sie regelmäßig nur derjenige Reisende vornehmen, der die gesetzliche Vorschrift des § 651 c III BGB kennt. Erschwerend kommt hinzu, daß der Reisende am Urlaubsort kaum jemals die Gelegenheit haben wird, sich Informationen über seine Rechte zu beschaffen. Andererseits ist es selbst für den juristischen Laien naheliegend, bei Auftreten von Mängeln zunächst den aus seiner Sicht Verantwortlichen, also den Reiseveranstalter²⁾ zur Beseitigung aufzufordern, wodurch er schon die Tatbestandsvoraussetzungen einer Mahnung gemäß §§ 633 III, 284 I BGB erfüllt hat. Das Fristsetzungserfordernis muß daher als äußerst verbraucherfeindliches Tatbestandsmerkmal bezeichnet werden.

1) zur Problematik der Rechtsunkenntnis des Verbrauchers allgemein v. Hippel, Verbraucherschutz § 6 I u. II 1.

2) bzw. den örtlichen Reiseleiter.

II. Wegfall des Verschuldenselements

Die Entstehung des Abhilfeverzugs durch erfolglosen Nachfristablauf löst das Selbsthilferecht von einem schuldhaften (§ 285 BGB) Unterlassen der Nachbesserung ab. Nunmehr entsteht das Recht des Reisenden auf selbsttätige Abhilfe auch in den Fällen zufälliger vorübergehender Unmöglichkeit der unternehmerischen Abhilfeleistung. Zwar handelt es sich bei dem Verschuldenselement des § 285 BGB nicht um eine Anspruchsvoraussetzung, die der Werkbesteller zur Ausübung seines Selbsthilferechts geltend zu machen hat, sondern um einen Befreiungsgrund, den der Unternehmer darzulegen und zu beweisen hat.

Da die verschuldensunabhängige Regelung des § 651 c III BGB dem Veranstalter diese Exculpationsmöglichkeit abschneidet, verbessert diese Vorschrift zugleich auch den Rechtsschutz des Reisenden.

III. Angemessenheit der Neuregelung

Im folgenden ist zu untersuchen, ob durch die Änderung der Voraussetzungen des Selbsthilferechts die Absicht des Gesetzgebers, einen gerechteren Ausgleich der Interessen von Reiseveranstalter und Reisendem herbeizuführen, verwirklicht worden ist.

1. Nachfrist

Von besonderer Bedeutung ist hierbei die Funktion der Nachfristsetzung im Zivilrecht. Im Falle von Nicht- oder Schlechterfüllung wird der Konflikt zwischen dem Leistungserbringungsinteresse des Schuldners und dem Liquidationsinteresse des Gläubigers in der Weise gelöst, daß dem Gläubiger über seinen Erfüllungsanspruch hinausgehende Ansprüche erst nach Setzung einer ange-

messenen Nachfrist zustehen sollen.

Diese Fristsetzung soll bewirken, daß dem Schuldner die Folgen eines weiteren vertragswidrigen Verhaltens noch einmal nachdrücklich vor Augen geführt werden¹⁾. Gleichzeitig soll der Gläubiger gehindert werden, in denjenigen Fällen, in denen der Erfüllungszeit keine wesentliche Bedeutung zukommt, von seinem Recht in schikanöser Weise Gebrauch zu machen²⁾.

Auf dem Gebiet des Reiserechts kommt der Erfüllungszeit aber eine besondere Bedeutung zu, da der Reisende wegen des zeitlichen Ablaufs des Leistwerks "Reise" ein gesteigertes Interesse daran hat, möglichst schnell eine mangelfreie Reiseleistung vorzufinden.

So hat der Gesetzgeber im Werkvertragsrecht dem Interesse des Bestellers an alsbaldiger Mängelbeseitigung Rechnung getragen, indem er zu Gunsten des Bestellers das Selbsthilferecht in Übereinstimmung mit der mietrechtlichen Regelung (§ 538 II BGB) an die Voraussetzungen des Abhilfeverzuges knüpfte³⁾.

Das erhöhte Interesse des Reisenden an unverzüglicher Mängelbeseitigung steht in deutlichem Widerspruch zur Einführung des Fristsetzungserfordernisses.

Andererseits begünstigt diese Regelung den Reiseveranstalter, denn er kann durch Behebung des Mangels innerhalb der Frist die Entstehung des Selbsthilferechts und der damit verbundenen Aufwendungsersatzpflicht verhindern.

Im Vergleich mit der Lage des Werkunternehmers ist nicht erkennbar, daß für den Veranstalter ein vermehrtes Bedürfnis an Abhilfemöglichkeit innerhalb einer Nachfrist bestehen könnte.

1. v. Staudinger-Otto, § 326, Rdnr. 12, zur Fristsetzung mit Ablehungsandrohung nach § 326 BGB.

2) Hahn, ADHGB, Art. 356, § 13 zur Fristgewährung nach Art. 356 ADHGB.

3) P II, 311.

Im Reiserecht besteht vielmehr die Besonderheit, daß die typischen Reisebeeinträchtigungen wie Baulärm, Lärm von nahegelegenen Vergnügungsbetrieben, verschmutzte Strände, mangelnde Zimmerreservierung, schwerwiegende Servicemängel etc. entweder sofort - etwa durch Bereitstellung eines gleichwertigen Ersatzquartiers - oder überhaupt nicht innerhalb der Reisezeit zu beseitigen sind.

Das Erfordernis der Nachfristsetzung läuft somit eindeutig der Interessenlage des Reisenden zuwider; es begünstigt ohne sachliche Rechtfertigung den Reiseveranstalter, die Auswirkungen dieser Begünstigung sind wegen des begrenzten Anwendungsbereichs gering¹⁾.

Die Einführung dieser Anspruchsvoraussetzung bewirkt keinen sachgerechteren Interessenausgleich der Vertragsparteien.

2. Wegfall des Verschuldens

Die verschuldensunabhängige Normierung des Selbsthilferechts wirft die Frage auf, ob sie durch vertragspezifische Bedürfnisse geboten erscheint.

Der Reisevertrag unterscheidet sich von der typischen Ausgestaltung des Werkvertrages u. a. dadurch, daß der Veranstalter nicht die Herstellung eines einheitlichen Werkes schuldet, sondern eine Mehrheit verschiedener Einzelleistungen über einen gewissen Zeitraum zu erbringen hat²⁾. In der Regel erstreckt sich die Reise

1) kürzere Fristen bei schweren Mängeln, Rückgriff auf Selbsthilfe bei Fehlschlägen der Abhilfe, besonderes Interesse an sofortiger Abhilfe (§ 651 c III 2 BGB); s.o. S. 23.

2) Rechtsausschuß BT Dr. 8/2343, S. 6.

über den verhältnismäßig kurzen Zeitraum des Jahresurlaubs von zwei bis drei Wochen. Im Gegensatz zum Besteller eines körperlichen Werkes ist dem Reisenden wegen des fixgeschäftlichen Charakters der Reise daran gelegen, daß ihm gerade zu der geplanten Zeit die Reiseleistung zur Verfügung steht. So ist es für den Reisenden erheblich, daß er z. B. sofort bei seiner Ankunft in der vereinbarten Hotelkategorie oder Wohngegend eine Unterkunft mit dem gewünschten Komfort beziehen kann. Eine Gruppe von Reiseleistungen wie Verpflegung oder Zimmerservice stellen für den Reisenden nur dann einen Wert dar, wenn sie regelmäßig und zu bestimmten Zeiten erbracht werden.

Der Reisende wird sich daher - wiederum abweichend von dem Werkbesteller - regelmäßig ad hoc entscheiden müssen, ob er einen Mangel hinnehmen oder von seinem (vermeintlichen) Selbsthilferecht Gebrauch machen will.

Diese Situation rechtfertigt es, sein Selbsthilferecht von einem schuldhaften Unterlassen der unternehmerischen Abhilfe abzulösen.

Hinsichtlich einer effektiven Ausnutzung seiner Selbsthilfemöglichkeiten zur Gewährleistung eines umfassenden Urlaubserfolges erscheint die verschuldensunabhängige Regelung der selbsttätigen Abhilfe unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes als sinnvoll¹⁾.

Demgegenüber ist nicht ersichtlich, daß der Veranstalter im Vergleich zum Werkunternehmer ein verstärktes Interesse daran haben könnte, daß das Recht des Reisenden auf selbsttätige Abhilfe von einem Verschulden

1) In der Praxis wird dieser Änderung kaum eine Bedeutung zukommen, denn auch in der Vergangenheit brauchten sich die Gerichte mit der Frage des Verschuldens bei unterlassener Abhilfe nicht zu beschäftigen; siehe die Entscheidungssammlung von Klatt, FVE.

seinerseits abhängen sollte.

Dem Wegfall des Verschuldenselements liegen somit sachgerechte, d. h., die Besonderheiten des Reiserechts berücksichtigende Erwägungen zugrunde.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich folgendes feststellen: Die Einführung des Fristsetzungserfordernisses bedeutet eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Reisenden, da sein Selbsthilferecht außer bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 651 c III 2 BGB später zur Entstehung gelangt als bei Anwendung der entsprechenden werkvertraglichen Norm.

Auf dem Gebiet des Reiserechts hat der Reisende im Vergleich mit dem Werkbesteller ein erhöhtes Interesse an alsbaldiger Selbsthilfe.

Im Gegensatz zur Mahnung, die auch für den rechtsunkundigen Reisenden eine naheliegende Reaktion auf das Auftreten von Mängeln darstellt, wird die Nachfristsetzung gewöhnlich nur von dem Reisenden vorgenommen werden, der die gesetzliche Regelung kennt.

Das Nachfristerfordernis beinhaltet eine gewisse Bevorteilung des Reiseveranstalters, seine Bedeutung ist jedoch wegen der begrenzten Anwendbarkeit gering.

Im Vergleich zur Lage des Werkunternehmers ist kein gesteigertes Interesse des Veranstalters an einer Nachfristsetzung erkennbar, in einer Vielzahl von Fällen ist die Mängelbeseitigung für den Veranstalter entweder sofort oder gar nicht möglich.

Die Einführung dieser Anspruchsvoraussetzung in das Reisevertragsgesetz ist insgesamt sachwidrig.

Der Wegfall des Verschuldenselements begünstigt den Reisenden, ihm liegen auch sachgerechte Erwägungen zugrunde. In der Praxis wird sich diese Änderung kaum auswirken.

Die Ersetzung der Tatbestandsvoraussetzung "Verschulden" durch das Erfordernis der Nachfristsetzung führt entgegen der Zielsetzung des Gesetzgebers nicht zu einem gerechteren Interessenausgleich der Parteien.

§ 6 Das Minderungsrecht

Ebenso wie das Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht be-
zieht sich auch das Reisevertragsgesetz der Minderung
als eines charakteristischen Gewährleistungsrechts zur
Wiederherstellung des durch Mängel gestörten Äquivalents
zwischen Leistung und Gegenleistung.

Während das Minderungsrecht des Regierungsentwurfs¹⁾
sowohl die Fälle von Schlechterfüllung als auch die
Fälle von Nichterfüllung erfaßte, greift das reisever-
tragliche Minderungsrecht gemäß seiner systematischen
Stellung als einer spezialgesetzlichen Gewährleistungs-
vorschrift innerhalb des BGB nur bei Vorliegen von
Mängeln, also Schlechterfüllung, ein.

I. Rechtsdogmatische Einordnung

1. die reiserechtliche Minderung

Die dogmatische Struktur des reisevertraglichen Minde-
rungsrechts scheint gegenüber dem werkvertraglichen An-
spruch vereinfacht worden zu sein. Das Minderungsrecht
des § 651 d BGB ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz,
während das Werkvertragsrecht in § 634 I BGB dem Min-
derungsberechtigten lediglich einen Anspruch auf Min-
derung einräumt; in offensichtlich umständlicher
Prozedur wird die Minderung vollzogen, indem sich der

1) § 16 I; BT Dr. 8/786, S. 7.

Unternehmer auf Verlangen des Bestellers mit ihr einverstanden erklärt (§§ 634 IV, 465 BGB).

Es liegt die Schlußfolgerung nahe, die Bestimmung des § 651 d I BGB bevorteile den Reisenden, da er sich nun nicht mehr um die Zustimmung des Veranstalters zu der gebotenen Herabsetzung des Reisepreises bemühen muß¹⁾.

Es bestehen jedoch Zweifel, ob durch diese Neuregelung dem Reisenden die Durchsetzung seines Minderungsrechtes tatsächlich erleichtert wird.

Der theoretische Rechtsschutz des Reisenden ist durch eine Gepflogenheit des Pauschalreisegeschäfts wesentlich eingeschränkt. Im Tourismusgewerbe zahlt der Kunde das Entgelt in aller Regel vor Antritt der Reise. Alle weiteren Überlegungen zu seiner rechtlichen Stellung haben diese Tatsache zu berücksichtigen.

Auch unter Geltung des Reisevertragsgesetzes wird sich der Reisende zunächst mit seinem Minderungsbegehren an den Veranstalter wenden und ihn zur Rückzahlung auffordern. Falls der Veranstalter die Rückerstattung verweigert oder sich nicht äußert, wird der Reisende ihn gemäß seinem Anspruch aus § 651 d I BGB auf Rückzahlung verklagen.

2. Der werkvertragliche Minderungsanspruch (Theorien)

Wegen der unterschiedlichen Auffassungen vom Wesen der Minderung ist die Rechtslage des Reisenden davon abhängig, welchen Rechtscharakter man der Minderung zuordnet. Nachfolgend sollen die wichtigsten hierzu vertretenen Ansichten kurz aufgezeigt und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für den Reisenden dargestellt werden.

1) so Löwe, MK § 651 d, Rdnr. 4.

Folgt man der "Vertragstheorie"¹⁾, so muß der Kunde den zahlungsunwilligen Veranstalter zunächst auf Abschluß eines auf Rückzahlung des überzahlten Reisepreises gerichteten Vertrages verklagen; die Vollstreckung erfolgt nach § 894 ZPO, die Zustimmung gilt mit Rechtskraft des Urteils als erteilt.

Verweigert der Veranstalter auch jetzt noch die Rückzahlung, so kann der Reisende auf Leistung klagen. Gegenüber dieser Theorie bedeutet die Einführung des § 651 d I BGB sicherlich eine Erleichterung für den Reisenden, da er nunmehr unmittelbar auf Rückzahlung klagen kann.

Nach der "Herstellungstheorie"²⁾ hat der Reisende von vornherein den Anspruch auf die Rechtsfolgen der Minderung, also auf Rückerstattung des überzahlten Preises. Bei Weigerung des Veranstalters kann der Reisende sofort auf Rückzahlung klagen.

Auch nach der Theorie des "richterlichen Gestaltungsakts"³⁾ kann der Reisende sogleich Klage auf Zahlung erheben, das stattgebende Leistungsurteil setzt zugleich rechtsgestaltend den Reisepreisanspruch des Unternehmers herab.

Schließlich gestattet auch die von der Rechtsprechung vertretene "gemischte Theorie"⁴⁾, die im wesentlichen der Herstellungstheorie entspricht, unmittelbar eine Klage auf die dem Minderungsrecht entsprechenden Rechtsfolgen.

Die letztgenannten drei Theorien erlauben eine Klage auf Rückzahlung ohne vorhergehende Klage auf Abschluß eines auf Minderung gerichteten Vertrages, die Normierung des § 651 d I BGB bewirkt lediglich gegenüber

1) Leonhard, Bes SchuldR, S. 67 f; Oertmann, § 465, Anm. 1 d).

2) Enneccerus-Lehmann, SchuldR, § 110, Anm. I 2.

3) Bötticher, Die Wandlung als Gestaltungsakt, S. 31 ff.

4) RGZ 101, 64, (71 f); BGHZ 29, 148 ff.

dem Minderungsvollzug nach der Vertragstheorie einen effektiveren Rechtsschutz des Reisenden. Diese Begünstigung ist rein theoretischer Natur, da der minderungswillige Reisende vor Gericht wegen der dort vertretenen Auffassung vom Wesen der Minderung ohnehin sofort auf Rückzahlung klagen kann. Stellt man auf die tatsächliche Durchsetzbarkeit des Minderungsrechts ab, so ergibt sich, daß aufgrund der von den Gerichten in ständiger Rechtsprechung geübten Praxis der Fortfall des § 465 BGB die rechtliche Situation des Reisenden nicht verändert.

II. Wegfall des Fristsetzungserfordernisses

Abweichend von dem werkvertraglichen Minderungsrecht (§ 634 I BGB) braucht der Reisende dem Veranstalter keine Nachbesserungsfrist mit Ablehnungsandrohung zu setzen (§ 651 d I BGB), mit dem Wegfall dieser Tatbestandsvoraussetzung hat der Gesetzgeber der zeitlichen Gebundenheit¹⁾ der Reise Rechnung tragen wollen²⁾.

Es ist zu prüfen, wie sich diese Änderung auf den Rechtsschutz des minderungswilligen Reisenden auswirkt.

1. Stellung des Reisenden nach bisher geltendem Recht

Auch nach Werkvertragsrecht kann von der Setzung einer Abhilfefrist abgesehen werden (§ 634 II BGB). Neben den Fällen, in denen der Zweck der Fristsetzung ins Leere stoßen (Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung oder Weigerung des Unternehmers) und die Einräumung einer Nachfrist zur bloßen Formalität erstarren würde,

1) Bartl, Reiserecht, Rdnr. 51.

2) Umso unverständlicher daher die Vorschrift des § 651 c III BGB, durch die der Gesetzgeber entgegen dieser reiserechtlichen Besonderheit die Fristsetzung einführt.

stellt die letzte Fallgruppe des Abs. 2 allein auf die Interessenlage des Bestellers ab.

Nachfolgend ist zu untersuchen, in welchem Umfang die sofortige Geltendmachung von Minderungsansprüchen durch ein besonderes Interesse des Reisenden gedeckt ist, in welchen Fällen es also zur Entstehung von Minderungsansprüchen keiner Abhilfefrist bedarf.

Nach herkömmlicher Auffassung ist ein besonderes Interesse an sofortiger Geltendmachung zu bejahen, wenn der Besteller das Werk sofort oder für eine bestimmte Gelegenheit braucht und eine nachträgliche Beseitigung des Mangels für ihn wertlos wäre¹⁾.

Ein Reisevertrag unterscheidet sich - wie schon mehrfach dargestellt - von der gewöhnlichen Erscheinungsform des Werkvertrages dadurch, daß der Reiseveranstalter nicht ein einheitliches Werk, sondern eine Anzahl einzelner Leistungen über einen bestimmten Zeitraum zu erbringen hat.

Diese Einzelleistungen sind sämtlich - von ganz unerheblichen Abweichungen abgesehen - zu fest bestimmten Zeiten zu erbringen. Der Abflug hat zu einem festgesetzten Zeitpunkt zu erfolgen, die Unterkunft ist ab Ankunft zu gewähren, Verpflegung ist zu jeweils bestimmten Zeiten zu verabreichen, die Zimmerreinigung hat in regelmäßigen Abständen zu erfolgen, besondere Einrichtungen wie Tennisplätze sind während der gesamten Reisezeit zur Verfügung zu stellen, etc. Wegen dieses fixgeschäftähnlichen Charakters der einzelnen Reiseleistung wird durch eine nachträgliche Beseitigung eines einmal aufgetretenen Mangels die insgesamt fehlerhafte Reise nicht mehr zu einer fehlerfreien²⁾.

1) v. Staudinger-Riedel, § 634, Rdnr. 8;
Planck, § 634, Anm. 2.

2) Sünner, Rechtsbeziehungen, S. 48 ff.

Der Reisende "braucht" die einzelne Reiseleistung zu einer "bestimmten Gelegenheit" i.S. obiger Definition, eine Mängelbeseitigung ist hinsichtlich des Gesamtwerks Reise nicht mehr möglich.

Dies ist im Reisevertragsrecht - abgesehen von dem Fall, daß sich der Fehler schon vor Reiseantritt bei Aushändigung der Unterlagen herausstellt - der Regelfall. Der Reisende hat im Hinblick auf seinen weiteren Reiseaufenthalt zwar ein Interesse an der Mängelbeseitigung, bezüglich der bereits vergangenen Urlaubszeit ist die nachträgliche Beseitigung für ihn jedoch wertlos.

Der einzelne Reisemangel bewirkt im Hinblick auf das gesamte Leistwerk Reise eine irreparable Äquivalenzstörung; der Reisende hat deshalb ein besonderes Interesse daran, seine vertragliche Gegenleistung - Zahlung des Reisepreises - durch Minderung an die fehlerhafte Reiseleistung anzupassen.

Bei mangelhafter Reisedurchführung ist keine Abhilfefrist erforderlich, dem Teilnehmer steht über § 634 II BGB direkt ein Anspruch auf Minderung zu¹⁾. Nach der hier vertretenen Auffassung bedeutet der Fortfall der Abhilfefrist in § 651 d I BGB daher für den Reisenden keinen Gewinn.

2. Rechtsprechung zu bisher geltendem Recht

Die vorliegende Rechtsprechung zu diesem Problem ist uneinheitlich.

Teilweise wurde die zeitliche Fortdauer des mangelhaften Zustands der Reiseleistung in der Weise berücksichtigt, daß dem Reisenden ein Minderungsanspruch

1) zutreffend Sünner, a.a.O., S. 49 f;
ebenso Bartl, RTour, Rdnr. 36.

auch ohne vorherige Fristsetzung gewährt wurde¹⁾. Sowohl das LG Berlin als auch das AG München hielten jedoch an dem Fristsetzungserfordernis fest²⁾. Beide Gerichte würdigen in den angeführten Entscheidungen nicht das dem Reisevertrag innewohnende Zeitelement und den daraus resultierenden fixgeschäft-ähnlichen Charakter der einzelnen Reiseleistung. Man muß daher annehmen, daß die genannten Entscheidungen das Vorliegen eines besonderen Interesses des Reisenden an sofortiger Geltendmachung der Minderung i.S.d. § 634 II BGB nicht erkannt haben.

III. Auswirkung rechtzeitiger Mängelbeseitigung auf die Minderung

1. nach dem Reisevertragsgesetz

Der Werkbesteller verliert seinen Minderungsanspruch bei rechtzeitiger Mängelbeseitigung, § 634 I 3

2. Halbs. BGB. Eine vergleichbare Regelung weist das Reisevertragsgesetz nicht auf; der Wortlaut der Vorschrift³⁾ impliziert, daß sich Reisezeit und Fortdauer des Mangels nicht zu decken brauchen, eine Minderung des Reisepreises mithin auch nach Beseitigung des Mangels geltend gemacht werden kann. Der Rechtsausschuß⁴⁾ sowie ein Teil der Literatur⁵⁾ sehen hierin eine Erweiterung der Rechte des Kunden.

1) AG Frankfurt, FVE Zivilrecht Nr. 189 (Loseblattsammlung).

2) LG Berlin, FVE 4, 341;
AG München, FVE 9, 975; 976 u. 978.

3) Minderung für die "Dauer des Mangels"; § 651 d I 2. Halbs.

4) Rechtsausschuß BT Dr. 8/2343, S. 9.

5) Rebmann, DRiZ 1978, 269 (270); Eberle, DB 1979, 341 (344).

2. nach bisher geltendem Recht

Es stellt sich die Frage, ob dem Reisenden nicht schon nach bisher geltendem Werkvertragsrecht sein Minderungsanspruch wegen vertragstypischer Besonderheiten trotz späterer Nachbesserung verbleibt.

Der Reisevertrag ist dadurch geprägt, daß die vom Veranstalter zu erbringende einzelne Reiseleistung einen fixgeschäftähnlichen Charakter trägt¹⁾.

Ist einmal ein Mangel aufgetreten, so kann durch Nachbesserung die mit einem Mangel behaftete Reise nachträglich nicht mehr zu einer mangelfreien werden. Folglich ist eine Fristsetzung zur Beseitigung gemäß § 634 II BGB grundsätzlich entbehrlich.

Nach § 634 I 3 2. Halbs. BGB verhindert die "rechtzeitige" Mängelbeseitigung die Entstehung des Minderungsanspruchs. Der grammatikalische Zusammenhang zeigt auf, daß sich der Begriff "rechtzeitig" nur auf den Fristablauf beziehen kann; der Mangel kann rechtzeitig nur innerhalb der Nachfrist beseitigt werden und nur in diesem Fall entsteht der Minderungsanspruch nicht.

Wenn nun wegen des besonderen Interesses des Bestellers an sofortiger Minderung gemäß Abs. 2 eine Fristbestimmung nicht erforderlich ist, so kann der Mangel auch nicht "rechtzeitig" beseitigt werden, ein Minderungsausschluß findet nicht statt.

Auf dem Gebiet des Reiserechts beseitigt eine spätere erfolgreiche Nachbesserung auch bei Anwendung werkvertraglicher Gewährleistungsvorschriften den Minderungsanspruch wegen zeitweilig vorhandener Mängel nicht²⁾.

Die Vorschrift des § 651 d I BGB schafft dem Reisenden keinen Vorteil, sie hält sich vielmehr im Rahmen des bisher geltenden Rechts.

1) s.o.S. 34 f.

2) so wohl auch AG Frankfurt, FVE Zivilrecht Nr. 189 (Loseblattsammlung).

IV. Mängelanzeige

1. nach dem Reisevertragsgesetz

§ 651 d II BGB normiert eine Obliegenheit des Reisenden, dem Veranstalter vorhandene Mängel anzuzeigen, die Vorschrift dient dem Zweck, den ursprünglich geschuldeten Leistungserfolg zu sichern und den Veranstalter nicht unnötig mit sekundären Gewährleistungspflichten zu belasten, wenn er dies durch Abhilfe verhindern kann.

Für das Entstehen des werkvertraglichen Minderungsanspruchs ist zwar erforderlich, daß der Besteller dem Unternehmer eine Nachfrist zur Beseitigung des Mangels einräumt (§ 634 I BGB). Wenn jedoch nach Abs. 2 eine Fristbestimmung nicht notwendig ist - dies ist im Reiserecht wegen des Fixcharakters der einzelnen Leistung der Regelfall - so ergibt sich zumindest aus dem Wortlaut des § 634 BGB keine Anzeigepflicht des Bestellers.

Die Einführung der Mängelanzeige als Tatbestandsvoraussetzung der reiserechtlichen Minderung ist darauf hin zu untersuchen, ob sie eine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes des Reisenden darstellt. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob im Rahmen von Reiseverträgen bei Anwendung von werkvertraglichem Minderungsrecht über den Wortlaut des § 634 I, II BGB hinaus eine Mängelanzeige erforderlich ist.

2. nach bisher geltendem Recht

Dies wird verneint von Tonner¹⁾, der darauf hinweist, der Zweck der Mängelanzeige, durch Abhilfemöglichkeit den Umfang der Minderung gering zu halten, fände im Werkvertragsrecht keine Entsprechung.

1) Tonner, Reisevertrag, § 651 d RdNr. 7.

Thomas hält allgemein den Werkbesteller für verpflichtet, auch bei besonderem Interesse an sofortiger Minderung den Unternehmer über den Mangel zu unterrichten¹⁾.

a) § 640 II BGB (Abnahmefähigkeit der Reise)

Das OLG Stuttgart²⁾ leitet eine Mängelanzeigespflicht aus § 640 II BGB ab. Aus dem Gewährleistungsausschluß wegen Rügeverzichts folge eine Anzeigepflicht noch während der Reise zur Wahrung der Mängelrechte. Die Vorschrift des § 640 II BGB ist der genannten Entscheidung zufolge im Reiserecht auch anwendbar, da es für den Veranstalter besonders wichtig sei, vom Vorhandensein von Mängeln sofort zu erfahren, damit er seine Leistungsträger zur Abhilfe veranlassen könne.

Auch wenn man darüber hinwegsieht, daß hier die Anwendbarkeit einer Vorschrift mit dem Bedürfnis nach ihrer Anwendbarkeit begründet wird, nicht aber mit dem Vorliegen ihrer Tatbestandsvoraussetzungen, bestehen noch weitere Zweifel an der Richtigkeit dieser Auffassung.

Der Rechtsverlust des Bestellers gemäß § 640 II BGB greift nur ein, wenn er sich seine Rechte bei Abnahme nicht vorbehält; es muß daher nach dem Wortlaut der Vorschrift ein abnahmefähiges Werk vorliegen³⁾.

1) Palandt-Thomas, § 634 Anm. 2 c, ohne Begründung.

2) OLG Stuttgart, FVE 10, 1044;
zustimmend Eberle, DB 1979, 341 (345); ders.,
in: Reisevertrag, S. 36.

3) ganz h.A.; Soergel, MK, § 646 Rdnr. 1;
v. Staudinger-Riedel, § 646 Rdnr. 1; Planck,
§ 646 Anm. 2; Glanzmann, RGRK, § 646 Rdnr. 5.

Ein formales Argument gegen eine Ausdehnung der Folgen des Rügeverzichts auf nicht abnahmefähige Werke liefert die enumerative Aufführung der anwendbaren Vorschriften in § 646 BGB. Da § 640 II BGB nicht ausdrücklich angeführt ist, tritt bei Vollendung von nicht abnahmefähigen Werken kein Rechtsverlust ein.

Diese Ansicht rechtfertigt sich außerdem aus der Überlegung, daß die in der Abnahme enthaltene Billigungserklärung, der Besteller wolle das erbrachte Werk als der Hauptsache nach vertragsgemäße Leistung anerkennen¹⁾, bei nicht abnahmefähigen Werken entfällt²⁾.

Eine Pflicht zur Mängelanzeige kann sich also nur dann aus § 640 II BGB ergeben, wenn die Pauschalreise ein abnahmefähiges Werk³⁾ darstellt.

Nach Meinung des OLG Nürnberg⁴⁾ und des OLG München⁵⁾ ist die Pauschalreise nicht abnahmefähig, der BGH⁶⁾ hat daran "beachtliche Zweifel", ohne sich für eine Auffassung zu entscheiden.

Ausgehend von dem klassischen zweigliedrigen Begriff bedeutet "Abnahme" die körperliche Hinnahme durch Besitzübertragung verbunden mit der Erklärung, der Besteller anerkenne die Leistung als in der Hauptsache vertragsgemäß⁷⁾.

Auch bei unkörperlichen Werken ist eine Abnahme möglich, wenn sich das Werk im Materiellen verwirklicht, also irgendeine gegenständliche Verkörperung er-

1) Enneccerus-Lehmann, SchuldR, § 152, Anm. I 1; BGHZ 48, 257, (262).

2) Erman-Seiler, § 646 Rdnr. 1.

3) i.S.d. bis zum Inkrafttreten des Reisevertragsgesetzes auf Reiseverträge angewandten Werkvertragsrechts.

4) OLG Nürnberg, NJW 1973, 1044.

5) OLG München, VersR 1974, 372, (373).

6) BGH NJW 1974, 1187, (1188).

7) Palandt-Thomas, § 640 Anm. 1 a m.w.N.

führt¹⁾ .

Im Rahmen des Pauschalreisevertrags erbringt der Veranstalter eine Anzahl von Einzelleistungen, die wie etwa die Beförderung und Unterkunftgewährung keine körperlich sichtbare Vergegenständlichung erfahren. Andere Leistungsteile wie z.B. die Verpflegung, stellen jeweils selbständige körperlich sichtbare Gegenstände dar. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß das vom Veranstalter zu erbringende Werk vorrangig in der Auswahl und Zusammenstellung der aufeinander abgestimmten Einzelleistungen und dem Zurverfügungstellen dieser Teile besteht. Die bloße Inanspruchnahme dieser teils unkörperlichen, teils körperlichen Einzelleistungen bedeutet keine körperlich sichtbare Vergegenständlichung der organisatorischen Tätigkeit des Reiseveranstalters.

Unter Verwendung des Abgrenzungskriteriums körperlicher Vergegenständlichung stellt sich die Pauschalreise als nicht abnahmefähiges Werk dar.

In der Literatur wird die Abnahmefähigkeit eines substratlosen unkörperlichen Werkes auch dann bejaht, wenn im Verkehr üblicherweise der Besteller dem Unternehmer nach Vollendung des Werkes seine allgemeine Anerkennung zum Ausdruck bringt; insbesondere bei Werken, die an oder mit dem Körper des Bestellers zu erbringen sind²⁾ .

Eine solche Anerkennungsbekundung ist im Reiseverkehr weder nach Inanspruchnahme einzelner Leistungsteile noch nach Ablauf der gesamten Reise üblich. Zwar gibt der Reisende häufig gegenüber einzelnen Leistungsträgern wie Kellnern, Zimmermädchen, Busfahrern etc. durch ein Trinkgeld zu erkennen, daß er mit der erbrachten Leistung zufrieden sei.

1) Soergel, MK, § 646 Rdnr. 3; so realisiere sich die planerische Tätigkeit des Architekten in dem hergestellten Gebäude, BGHZ 37, 341, (344); 48, 257, (262) .

2) z.B. Friseur, Taxifahrer etc.; Glanzmann, RGRK, § 646 Rdnr. 2; Larenz, SchuldR, BT, § 53 III a.

Diese Art von Anerkennung ist aber durch die persönliche Beziehung des Reisenden zu dem betreffenden Leistungsträger bzw. Erfüllungsgehilfen geprägt und erschöpft sich auch darin; der Veranstalter oder der von ihm bestellte örtliche Reiseleiter erlangt von dieser Art der Billigungsbekundung keine Kenntnis und der Reisende beabsichtigt dies auch nicht.

Auch Erman-Seiler¹⁾ stellt zunächst auf die Verkehrsüblichkeit einer Billigungserklärung ab, zusätzlich nimmt er eine funktional orientierte Abgrenzung vor. Danach ist die Abnahmefähigkeit zu verneinen, wenn durch die - auch fehlerhafte - Werkvollendung ein endgültiger, nicht mehr abänderbarer Zustand geschaffen würde.

Es soll hierdurch der nicht sinnvoll geregelte Zustand vermieden werden, daß der Besteller eines fehlerhaften, aber nicht nachbesserungsfähigen Werkes die Abnahme verweigert. Ohne den Weg der Wandlung oder Minderung zu beschreiten, könnte er auf diese Weise die Fälligkeit seiner Zahlungsverpflichtung, den Lauf der Verjährungsfrist sowie die sonstigen, für den Unternehmer besonders bedeutsamen Rechtsfolgen der Abnahme verhindern.

Wegen des fixgeschäftähnlichen Charakters der einzelnen Reiseleistung ist im Reiserecht ein Mangel nur für die Zukunft nachbesserungsfähig, das mit einem Fehler behaftete Gesamtwerk Reise kann nachträglich nicht mehr zu einem fehlerfreien werden. Zwar wäre eine Wiederholung der gesamten Reise denkbar, sie würde dann aber nicht mehr das ursprünglich geschuldete Werk darstellen und könnte dem Besteller nicht aufgezwungen werden.

Konsequenterweise verneint Erman-Seiler die Abnahmefähigkeit der Pauschalreise²⁾.

1) Erman-Seiler, § 640 Rdnr. 10.

2) Erman-Seiler, a.a.O.

Nach keinem der angeführten Abgrenzungsmerkmale erfüllt die Pauschalreise die Anforderungen, die an die Abnahmefähigkeit eines Werkes zu stellen sind.

§ 640 II BGB ist auf den Reisevertrag nicht anwendbar mit der Folge, daß sich entgegen der Ansicht des OLG Stuttgart¹⁾ aus dieser Vorschrift keine Obliegenheit des Reisenden zur Mängelanzeige ergibt²⁾.

b) Treu und Glauben, Schadensminderungspflicht,
(§§ 242, 254 BGB)

Es bietet sich an, aus allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen der Vertragserfüllung eine Anzeigeobligenheit herzuleiten.

So hält Planck³⁾ den Werkbesteller nach Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) für verpflichtet, dem Unternehmer durch Mängelanzeige die Abhilfemöglichkeit zu erleichtern.

Das LG Frankfurt⁴⁾ stützt sich auf die Schadensminderungspflicht des § 254 BGB und versagt dem Reisenden die Berufung auf behebbare Mängel, wenn er nicht dem Veranstalter durch Rüge gegenüber der Reiseleitung die Möglichkeit zur Beseitigung gegeben hat.

§ 254 BGB ist allerdings auf das Minderungsrecht nicht unmittelbar anzuwenden, da diese Vorschrift nur eine Regelung über mitwirkendes Verschulden im Rahmen

1) OLG Stuttgart, a.a.O.

2) zutreffend Bartl, NJW 1979, 1384, (1388 Fußn. 57); ebenso Teichmann, JZ 1979, 737, (738).
Diese Entscheidung ist aus einem weiteren Grund unverständlich: Bei Anwendung des § 640 II BGB ergäbe sich ein Rechtsverlust durch Rügeverzicht nur bei Vollendung, also Ende der Reise. Eine Anzeigepflicht einzelner Mängel während der Reise ist § 640 II BGB nicht zu entnehmen.

3) Planck, § 634 Anm. 2.

4) LG Frankfurt, FVE 10, 1051.

des Schadensrechts beinhaltet. § 254 BGB enthält jedoch über seinen Wortlaut hinaus den allgemeingültigen Rechtsgedanken, daß bei schuldhaftem Verhalten mehrerer Beteiligten jeweils im Einzelfall festzustellen ist, inwieweit jeder trotz des Mitverschuldens anderer für sein Verschulden verantwortlich ist und die dadurch entstehenden Nachteile selbst zu tragen hat¹⁾.

Ob nun ein mitwirkendes Verschulden außerhalb des Schadensrechts unter entsprechender Anwendung des § 254 BGB oder nach § 242 BGB Berücksichtigung findet, erscheint nicht sehr bedeutungsvoll, da § 254 BGB selbst eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt²⁾.

Da § 254 BGB seiner inhaltlichen Ausgestaltung nach den Tatbestand des mitwirkenden Verschuldens konkreter erfaßt als die Generalklausel des § 242 BGB, ist der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB auf Fälle des Mitverschuldens außerhalb des Schadensrechts der Vorrang zu geben.

Der Reisende ist auch bei Anwendung von werkvertraglichem Minderungsrecht zur Mängelanzeige verpflichtet³⁾.

3. Verschuldenselement bei Unterlassen der Anzeige

a) im Reisevertragsgesetz

Der Gesetzgeber hat den Minderungsausschluß in § 651 d II BGB flexibel gestaltet; die Minderung findet nicht statt, "soweit" der Reisende die Anzeige

1) so die grundlegende Entscheidung RGZ 71, 187, (191); zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 254 BGB auf Minderungsansprüche s. OLG Saarbrücken, MDR 1970, 760 f.

2) Palandt-Heinrichs, § 254 Anm. 1 a.

3) Bartl, Reiserecht, Rdnr. 58; ders., in: RTour, Rdnr. 78 f.

"schuldhaft" unterläßt, es kommt auch ein nur teilweiser Ausschluß der Minderung jeweils nach dem Grade des Verschuldens in Betracht¹⁾.

b) im Rahmen des § 254 BGB (entspr.)

Regelungsinhalt dieser Vorschrift ist die Verteilung der Ersatzpflicht auf die Beteiligten in Korrelation zu dem Maße ihrer jeweiligen Mitverursachung und des beiderseitigen Verschuldens.

Diese Norm gestattet aufgrund des in ihr enthaltenen Abwägungsprinzips auch einen nur teilweisen Ausschluß des Minderungsrechts des Reisenden bei Unterlassen der Mängelanzeige entsprechend dem Grad seines Mitverschuldens.

Eine Einführung des § 651 d II BGB verändert die rechtliche Situation des Reisenden daher insgesamt nicht.

§ 7 Das Kündigungsrecht

Das Reisevertragsgesetz ermöglicht dem Reisenden ebenso wie die vertragsspezifischen Gewährleistungsvorschriften des Kauf- und Werkvertragsrechts bei erheblicher Beeinträchtigung der geschuldeten Leistung das Vertragsverhältnis aufzulösen (§ 651 e BGB). Während beim Kauf- und Werkvertragsrecht das Leitbild eines einmaligen Leistungsaustausches zugrundeliegt und die Lösung des Vertrages durch Wandlung, also Umgestaltung des Vertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis erfolgt (§§ 462, 634 BGB), hielt der Gesetzgeber im Reiserecht wegen der zeitlichen Fortdauer der Leistungserbringung ein Kündigungsrecht

1) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 10.

für angemessener als eine rückwirkende Vernichtung des Vertrages¹⁾. Ob sich hinter der Bezeichnung als "Kündigungs-"recht mehr verbirgt als nur eine andere Wortwahl, wird bei der Erörterung der Rechtsfolgen zu prüfen sein. Zunächst sollen die Voraussetzungen von Kündigung und Wandlung verglichen werden.

I. Anwendungsbereich, Wandlungs- und Kündigungs-
ausschluß bei nur unerheblicher Wert- oder
Tauglichkeitsminderung

Sowohl das werkvertragliche Wandlungsrecht als auch das reisevertragliche Kündigungsrecht knüpfen an den Begriff des Mangels an. Eine Benachteiligung des Reisenden als Folge des neuen Rechts kann sich aus folgen-der Überlegung ergeben:

Nach Werkvertragsrecht ist die Wandlung ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert (§ 634 III BGB).

Die Ausschlußvorschrift des Abs. 3 erfaßt nach ganz herrschender Ansicht in der Literatur²⁾ und der Rechtsprechung³⁾ nur den Fehler des Werkes, sie enthält - abweichend von der Definition des § 633 I BGB - einen eingliedrigen Mangelbegriff. Bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften bleibe die Wandlung stets zulässig, gleichgültig, ob die Abwesenheit zugesicherter Eigen-

-
- 1) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 10
Der Rechtsausschuß hat hierbei offensichtlich die heute völlig herrschende Auffassung zum Rechtscharakter des Rücktritts verkannt, nach welcher der Rücktritt das bestehende Rechtsverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt, nicht jedoch - so die ältere Lehre - ex tunc vernichtet. Dies übersieht auch Löwe, MK, § 651 e, Rdnr. 1.
Ausführlich dazu Larenz, VersR 1980, 689, (691); ders., in: SchuldR, AT, § 26 a) m.w.N.
- 2) Palandt-Thomas, § 634 Anm. 2 e; Derleder, AK, BGB, § 634 Rdnr. 4; v. Staudinger-Riedel, § 634 Rdnr. 11; Glanzmann, RGRK, § 634 Rdnr. 18; Planck, § 634 Anm. 3; Achilles-Greifff-Brüggemann, § 634 Anm. 6; Oertmann, § 634 Anm. 5.
- 3) KG OLGZ 7, 477 ff; RGZ 66, 167; RG JW 1913, 480.

schaften für den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes erheblich sei oder nicht.

Anders der eindeutige Wortlaut des § 651 e I BGB:

Die ausdrückliche Bezugnahme auf den zweigliedrigen Mängelbegriff des § 651 c BGB läßt darauf schließen, der Begriff des Mangels solle sowohl Fehler als auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften erfassen.

Bezogen auf die Rechtsstellung des Reisenden ergäbe sich folgendes:

Bei Anwendung von Werkvertragsrecht beschränkte sich der Wandlungsausschluß wegen nur unerheblicher Mängel (§ 634 III BGB) auf die Fälle fehlerhafter Reiseleistungen, bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften wäre die Wandlung stets zulässig ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit der Beeinträchtigung.

Nicht so unter Geltung von Reisevertragsrecht, das Kündigungsrecht entsteht ohne Differenzierung nach der Art des Mangels nur bei erheblicher Beeinträchtigung der Reise. Abweichend vom Werkvertragsrecht könnte der Reisende den Vertrag bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht mehr kündigen, wenn dieser Mangel die Reise bloß unerheblich beeinträchtigte¹⁾. Diesen Rechtsverlust müßte man als einen Eingriff in den Konsumentenschutz betrachten.

Ausgangspunkt für einen Vergleich der Rechtsstellung des Reisenden vor und nach dem Inkrafttreten des Reisevertragsgesetzes ist die Frage, ob der herrschenden Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung gefolgt werden kann, die einen Wandlungsausschluß nach § 634 III BGB wegen nur unerheblicher Wert- oder Tauglichkeitsminderung allein auf den "Fehler" i.S.d. § 633 I 2. Alt. BGB bezieht.

1) so Bartl, Reiserecht, Rdnr. 68.

Die unerhebliche Beeinträchtigung ist begrifflich scharf zu trennen von der unwesentlichen, die der Reisende als bloße Unannehmlichkeit hinzunehmen hat; ausführlich dazu Bartl, a.a.O., Rdnr. 68 f.

1. Mängelbegriff des § 634 III BGB

Der Wortlaut der Vorschrift legt einen einheitlichen, sowohl den Fehler des Werkes als auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften umfassenden Mängelbegriff nahe:

§ 633 I BGB definiert die Herstellungspflicht des Unternehmers durch zwei Anforderungen; das Werk hat die zugesicherten Eigenschaften aufzuweisen und darf nicht mit wert- oder gebrauchstauglichkeitsmindernden Fehlern behaftet sein. Die folgenden Gewährleistungsvorschriften knüpfen ihre Rechtsfolge jeweils an das Vorliegen eines "Mangels" an. Aus der grammatikalischen Konstruktion läßt sich schließen, daß der Begriff des Mangels die Nichterfüllung der in § 633 I BGB bezeichneten Herstellungspflichten beinhaltet. Berücksichtigt man die weitgehende Begriffstreue des BGB, so ist es naheliegend, dem Mängelbegriff des § 634 III BGB sowohl Fehler des Werkes als auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zuzuordnen¹⁾.

Anderer Ansicht ist das Kammergericht in seiner grundlegenden Entscheidung²⁾, die wegen ihres Einflusses auf die nachfolgende Rechtsprechung und das Schrifttum kurz referiert werden soll.

Die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts seien in engem Anschluß an die Gewährleistung des Verkäufers wegen Sachmängel gemäß §§ 459 ff BGB getroffen, insbesondere seien die zu vertretenden Mängel beim Werkvertrag wie beim Kauf wörtlich gleichlautend bestimmt. Im Kaufrecht erlange die Erheblichkeit eines Mangels nur da Bedeutung, wo ein Fehler

1) so Beuthien, StudK, BGB, § 634 Anm. 2;
Erman-Seiler, § 634 Rdnr. 26, anders noch Wagner,
Rdnr. 3 in der 5. Auflage.

2) KG OLGZ 7, 477 ff.

vorliege, der den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit mindere; die Haftung für zugesicherte Eigenschaften sei ihrer Natur nach ein Ausfluß eines Garantieversprechens und träte daher weitgehend ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Mangels ein.

Diese Tatsache lasse den Schluß zu, auch im Werkvertragsrecht komme die Erheblichkeit des Mangels nur dann in Betracht, wenn das Werk mit Fehlern behaftet sei, die den Wert oder die Tauglichkeit minderten, nicht jedoch, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehle¹⁾.

Ein Vergleich der kaufrechtlichen und der werkvertraglichen Haftungsregelung liefert eher ein Argument gegen diese Auffassung.

Die kaufrechtliche Gewährleistung des § 459 BGB gliedert sich in zwei Abschnitte, der erste erfaßt Fehler, die den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit betreffen, der zweite regelt die Haftung bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften.

Unmittelbar im Anschluß an die Haftung wegen Fehler der Kaufsache erfolgt in Abs. 1 S. 2 eine Einschränkung dieser Haftung auf die Fälle erheblicher Beeinträchtigung.

Diese klare Gliederung läßt keinen Zweifel daran aufkommen, daß sowohl Fehler, die den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit mindern oder aufheben, als auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften einen Mangel begründen, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung aber nur im Hinblick auf Fehler i.S.d. Abs. 1 relevant ist.

Wenn der Gesetzgeber - wie das Kammergericht zutreffend feststellt - die zu vertretenden Mängel beim Werkvertrag wie beim Kauf wörtlich gleichlautend bestimmt, so ist es unverständlich, warum der Gesetzgeber dann nicht auch den Wandlungsausschluß wegen

1) KG, a.a.O., S. 478.

Unerheblichkeit in § 634 III BGB in gleicher Weise differenziert regelt, sondern hier ganz allgemein auf den Begriff des Mangels abstellt.

Hieraus ist zu entnehmen, der Gesetzgeber habe den Wandlungsausschluß wegen nur unerheblicher Wert- oder Tauglichkeitsminderung im Werkvertragsrecht bewußt abweichend von der kaufrechtlichen Vorschrift geregelt. Aus einem Vergleich der kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften läßt sich entgegen der Ansicht des Kammergerichts eher die Auffassung ableiten, der Begriff des Mangels in § 634 III BGB umfasse auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften.

Zu überprüfen bleibt das Argument des Kammergerichts, die Haftung für zugesicherte Eigenschaften stelle im Werkvertragsrecht ebenso wie im Kaufrecht (§ 459 II BGB) den Ausfluß eines Garantieversprechens dar¹⁾, der eine weitergehende Haftung des Unternehmers ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Mangels begründe.

Es ist zweifelhaft, ob die Zusicherungserklärung im Kaufrecht wie im Werkvertragsrecht denselben Rechtscharakter trägt.

§ 433 I 1 BGB bestimmt die Hauptleistungspflicht des Verkäufers, die Sache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum an ihr zu verschaffen. Sichert der Verkäufer darüber hinaus dem Käufer das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften zu, so enthält diese Erklä-

1) KG, a.a.O., S. 478 mit Hinweis auf die Motive zu § 459 BGB.

rung Elemente eines Garantieverprechens¹⁾.

Für den Werkunternehmer, der eine bestimmte Eigenschaft des noch nicht vorhandenen, von ihm zukünftig anzufertigenden Werkes zusichert, stellt sich gemäß § 633 I 1 BGB die Herstellung des die zugesicherte Eigenschaft aufweisenden Werkes lediglich als die Erfüllung seiner gewöhnlichen Leistungspflicht dar²⁾.

Dementsprechend sind die Anforderungen, die an die Tatbestandsvoraussetzungen der "zugesicherten Eigenschaft" gestellt werden, im Kauf- und Werkvertragsrecht nicht identisch. Zusicherung i.S.d. § 633 BGB ist das vertraglich vom Unternehmer gegebene und vom Besteller angenommene Versprechen, das Werk mit einer bestimmten Eigenschaft auszustatten. Der Unternehmer braucht nicht zum Ausdruck zu bringen, er werde bei Fehlen der Eigenschaft für alle Folgen einstehen. Dies wird allerdings im Kaufrecht verlangt, wo der Verkäufer nicht wie im Werkvertragsrecht auf Erfüllung der Zusicherung in Anspruch genommen werden kann, wohl aber aus der darin enthaltenen Garantie bei Fehlen der zugesicherten Eigenschaft nach §§ 463, 480 II BGB auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haftet.

1) M II, 225.

Die Rechtsprechung stellt allerdings bei Abgrenzung zur bloßen Leistungsbeschreibung fortlaufend geringere Ansprüche an den schuldnerischen Erklärungstatbestand. So könnten besondere Umstände - z.B. gesteigertes Vertrauen des Käufers in die Sachkunde des Verkäufers (Kilometerangabe bei Gebrauchtwagenkauf, BGH NJW 1975, 1693, (1694 f)), besondere Bedeutung einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache für die Zwecke des Käufers (inhaltliche Richtigkeit einer Nottestamentmappe, BGH NJW 1973, 843, (845)) - eine Leistungsbeschreibung auf den Stand einer Zusicherung erheben. Speziell im Reiserecht qualifizieren die Gerichte die Katalogangaben des Veranstalters aufgrund seines Informationsmonopols vermehrt als Zusicherungen (s. Löwe, Pauschalreiserecht, S. 77). Jedoch erzeugt gerade die Kenntnis des Schuldners vom Vorliegen solcher Umstände einen höheren Grad der Bewußtheit seiner Einstandspflicht, womit auch schon ihr Garantiecharakter offengelegt ist.

2) M II, 479 f; Palandt-Thomas, § 633 Anm. 1.

Das bedingungslose Einstehenwollen für die Zusicherung gehört im Werkvertragsrecht nicht zu ihrem Wesen und wird von der Rechtsprechung auch nicht verlangt¹⁾. Damit ist zugleich festgestellt, daß dieser Verpflichtungserklärung kein über den gewöhnlichen Leistungserfolg hinausgehender Garantiecharakter innewohnt²⁾.

Die Zusicherungserklärung im Werkvertragsrecht hat einen anderen Rechtscharakter als im Kaufrecht, insbesondere enthält sie keine über den bloßen Leistungserfolg hinausgehende Garantieelemente, die den Wandlungsausschluß wegen nur unerheblicher Wert- oder Tauglichkeitsminderung bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften beseitigen könnte.

Das Kammergericht führt weiter aus:

Der Maßstab dafür, ob eine Sache mit wertmindernden Fehlern behaftet sei, richte sich nach einer Sache mittlerer Art und Güte, der Maßstab, ob eine Sache die zugesicherten Eigenschaften aufweise, richte sich nur nach der Vereinbarung der Vertragschließenden. Beide Arten von Mängeln brauchten sich danach nicht einmal teilweise zu decken. Vielmehr könnten die zugesicherten Eigenschaften solche sein, die den Wert nicht berührten mit der Folge, daß eine Sache zwar alle zugesicherten Eigenschaften besitze, aber trotzdem nicht zum gewöhnlichen oder vorausgesetzten Gebrauch tauglich sein, wie umgekehrt.

Wenn die zugesicherten Eigenschaften nicht in dem Kreise lägen, der diejenigen Eigenschaften einer Sache begrenze, welche für ihren objektiven Wert oder ihre gewöhnliche Tauglichkeit von Bedeutung seien, so könne begrifflich durch das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften der Wert oder die Tauglichkeit einer Sache nicht beeinflußt werden, eine Wert-

1) Glanzmann, RGRK, § 633 Rdnr. 12.

2) M II, 480.

oder Tauglichkeitsminderung als Folge des Fehlens zugesicherter Eigenschaften sei nicht denkbar.

Beim Kauf sei aus diesem Grunde die unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit ausdrücklich nur dort als unbeachtlich bezeichnet, wo es sich um Fehler handle, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache betreffen.

Da beim Werkvertrag beide Arten von Mängeln nach denselben Merkmalen unterschieden würden wie beim Kauf, sei auch im Werkvertragsrecht nur bei Fehlern im obigen Sinne der Grad der Wert- oder Tauglichkeitsminderung von rechtlicher Bedeutung, nicht aber bei Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften¹⁾.

Die Ausführungen des Gerichts sind zweifellos insofern zutreffend, als die beiden Arten von Mängeln sich auch nicht teilweise zu decken brauchen.

Die hieraus gezogene Schlußfolgerung, durch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften könne der Wert oder die Gebrauchstauglichkeit einer Sache nicht beeinflusst werden, ist jedoch unrichtig.

Das Vorhandensein zusätzlicher, vertraglich zugesicherter Eigenschaften kann sehr wohl den objektiven Wert einer Sache wie auch ihre gewöhnliche oder vertraglich vorausgesetzt Gebrauchstauglichkeit erhöhen.

Das Werk "an sich" ist für den Besteller in der Regel ohne Interesse, Bedeutung gewinnt es für ihn grundsätzlich erst durch seine konkrete Benutzbarkeit oder durch seinen objektiven Wert.

Der Besteller läßt sich im Regelfall das Vorhandensein gewisser Eigenschaften gerade zum Zwecke der Werterhöhung oder Gebrauchssteigerung zusichern: Der Besteller eines Fabrikgebäudes läßt sich eine erhöhte Tragfähigkeit der Decken zusichern, weil

1) KG, a.a.O., S. 478 f.

er dort schwere Maschinen aufzustellen beabsichtigt; der Besteller eines maßgeschneiderten Anzugs läßt sich eine bestimmte Stoffqualität zusichern, damit der Anzug besonders gute Trageigenschaften besitzt oder sehr pflegeleicht ist; der Reisende läßt sich das Vorhandensein einer Tauchschule am Urlaubsort zusichern, weil er im Urlaub an einem Tauchlehrgang teilnehmen möchte; ebenso läßt sich der Auftraggeber des Goldschmiedes einen bestimmten Reinheitsgehalt des goldenen Schmuckstücks oder die Lupenreinheit des zu verwendenden Edelsteins zusichern, damit der objektive Wert des herzustellenden Werkes erhöht wird.

Wenn die Abwesenheit der zugesicherten Eigenschaft auch nicht notwendigerweise den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit des Werkes beeinträchtigen muß, so besteht diese Möglichkeit entgegen der Ansicht des Kammergerichts, darüber hinaus wird sie sogar den Regelfall darstellen. Die Auffassung von der Identität des Mangelbegriffs mit dem des Fehlers in § 634 III BGB läßt sich nicht mit der Behauptung rechtfertigen, das Fehlen zugesicherter Eigenschaften könne sich nicht auf den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit auswirken.

Schließlich versucht das Kammergericht seine Ansicht mit dem Argument zu stützen, bei der Bestimmung der Unerheblichkeit des Mangels in § 634 III BGB habe der Gesetzgeber dieselbe Formulierung gewählt wie bei der Begriffsbestimmung des Fehlers in § 633 I BGB. Diese Beweisführung läßt offen, warum das Gesetz bei Verwendung gleichlautender Begriffe in den genannten Vorschriften von dieser Praxis abweicht und in § 634 III BGB den Begriff "Mangel", nicht aber den Begriff "Fehler" wie in § 633 I BGB verwendet. Dies deutet eher darauf hin, der Gesetzgeber habe den Begriff "Mangel" als Tatbestandsvoraussetzung in § 634 III BGB im Bewußtsein seiner zweifachen Erscheinungsform i.S.d. § 633 I BGB einführen wollen.

Zusammenfassend ist folgendes festzustellen:

Der Mängelbegriff in § 634 III BGB umfaßt - entsprechend seiner im kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrecht allgemein geltenden Bedeutung - sowohl den wert- oder tauglichkeitsmindernden Fehler des Werkes als auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften.

Daher ist die Wandlung gemäß § 634 III BGB entgegen der herrschenden Ansicht und ständigen Rechtsprechung¹⁾ auch dann ausgeschlossen, wenn der Wert oder die Tauglichkeit des Werkes infolge Fehlens zugesicherter Eigenschaften nur unerheblich gemindert wird.

2. Mängelbegriff des § 651 e I BGB

Es bleibt zu prüfen, ob sich die Beschränkung des Kündigungsrechts auf die Fälle erheblicher Beeinträchtigung mit dem Wandlungsausschluß des § 634 III BGB inhaltlich deckt. Die Lösung hängt wiederum davon ab, welchen Mängelbegriff man dem § 651 e I BGB zugrundelegt.

Löwe²⁾ vertritt - allerdings ohne nähere Begründung - die Ansicht, trotz des Wortlauts müsse man in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung zum Mangelbegriff in § 634 III BGB auch hier eine Einschränkung auf die Fälle vornehmen, in denen die Reise mit Fehlern behaftet sei, die den Wert oder die Nutzungstauglichkeit beeinträchtigten.

Gegen diese Auffassung sprechen zunächst einmal die Argumente, die gegen eine Begrenzung des Mängelbe-

1) s. S. 48, Fußn. 1 und 2; wie hier Erman-Seiler, § 634 Rdnr. 26 und Beuthien, StudK, BGB, § 634 Anm. 2.

2) Löwe, MK, § 631 e Rdnr. 5.

griffs in § 634 III BGB angeführt worden sind¹⁾. Das reisevertragliche Kündigungsrecht enthält einige grammatikalische Abweichungen vom werkvertraglichen Wandlungsausschluß, die daraufhin zu untersuchen sind, ob sie eine andere Auslegung des Mängelbegriffs in § 651 e I BGB rechtfertigen oder die für § 634 III BGB gefundene Auslegung bestätigen.

Im Unterschied zu § 634 III BGB verweist § 651 e I BGB hinsichtlich der Begriffsmerkmale des Mangels unmittelbar auf die Vorschrift, die die Leistungspflicht des Veranstalters bezeichnet und damit den zweigliedrigen Mängelbegriff definiert.

Dies deutet an, der Gesetzgeber habe bei Einführung dieser Vorschrift in Kenntnis der umstrittenen Auslegung des Mängelbegriffs in § 634 III BGB eine eindeutige Regelung treffen wollen. In Übereinstimmung hiermit ist in § 651 e I BGB nur noch von einer Reisebeeinträchtigung die Rede, das Kriterium der Wert- oder Tauglichkeitsminderung, das wegen seiner gleichlautenden Formulierung mit der Begriffsbestimmung des "Fehlers" in § 633 I BGB zu einer einschränkenden Auslegung des Mängelbegriffs durch das Kammergericht²⁾ beigetragen hatte, ist in § 651 e I BGB nicht mehr aufgeführt.

Die grammatikalischen Abweichungen des Kündigungsrechts von dem werkvertraglichen Wandlungsausschluß stützen die These, der Mängelbegriff des § 651 e I BGB beinhalte ebenso wie der des § 634 III BGB sowohl den wert- oder tauglichkeitsmindernden Fehler als auch die Abwesenheit zugesicherter Eigenschaften³⁾.

1) s.o. S. 49-55.

2) KG OLGZ 7, 477 ff.

3) vom zweigliedrigen Mängelbegriff in § 651 e I BGB gehen aus Bartl, Reiserecht, Rdnr. 68; Derleder, AK, BGB, § 651 e Anm. 3; Palandt-Thomas, § 651 e Anm. 2 a; Erman-Seiler, § 651 e Rdnr. 3; Teichmann, in: Jauernig, BGB, § 651 e Anm. 2 a.

Der entgegengesetzten Meinung von Löwe¹⁾ kann aus diesen Gründen nicht gefolgt werden.

Die reisevertragliche Kündigung geht von Mängeln in ihrer zweifachen Erscheinungsform aus, das Recht ist unter denselben Voraussetzungen eingeschränkt wie die werkvertragliche Wandlung, insofern berührt die Einführung des § 651 e I BGB den Rechtsschutz des Reisenden nicht.

Folgt man der herrschenden Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung, die den Wandlungsausschluß bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht eingreifen lassen, so verschlechtert das Kündigungsrecht die Rechtslage des Reisenden, da § 651 e I BGB den zweigliedrigen Mängelbegriff unterstellt und dem Reisenden das Kündigungsrecht versagt, wenn die Reise infolge der Abwesenheit zugesicherter Eigenschaften nur unerheblich beeinträchtigt wird.

3. Kündigungsrecht wegen individueller Umstände, Anwendungsbereich des § 651 e I 2 BGB

Dem Bericht des Rechtsausschusses²⁾ zufolge sollte durch diese Regelung das Kündigungsrecht über das Vorliegen einer objektiv erheblichen Reisebeeinträchtigung auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen die Durchführung der Reise gerade dem betreffenden Reisenden aus wichtigem, dem Reiseveranstalter erkennbarem Grund nicht zuzumuten sei.

1) Löwe, MK, § 651 e Rdnr. 5.

2) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 10.
Die sprachliche Fassung der Vorschrift ist mißverständlich, denn der Reisende kann bei Vorliegen eines "solchen", d.h. die Reise erheblich beeinträchtigenden Mangels nach Satz 1 ohnehin kündigen, ohne daß weitere subjektive Voraussetzungen vorzuliegen brauchten; s. dazu Bartl, Reiserecht, Rdnr. 72; Löwe, MK, § 651 e Rdnr. 9.

Die Begründung des Regierungsentwurfs¹⁾ zu der Rücktrittsvorschrift des § 17 verdeutlicht die Motivation für diesen gesetzgeberischen Schritt. Man glaubte offensichtlich, die Fälle individueller Nutzungsbeeinträchtigung durch Körperbehinderungen mit dem bisherigen Mängelrecht nicht erfaßt zu haben.

Als Beispiel schwebte dem Regierungsentwurf der Fall vor, ein körperbehinderter Reisender habe ein Hotel gebucht, welches nach den Prospektangaben für Behinderte als besonders geeignet bezeichnet wurde. Würde der Reisende in einem völlig gleichwertigen, aber auf die speziellen Bedürfnisse Behinderter nicht zugeschnittenen Hotel untergebracht, so falle dieser Tatbestand unter die neue Regelung.

Leider enthält weder die Begründung des Regierungsentwurfs noch der Bericht des Rechtsausschusses Überlegungen zur Notwendigkeit der Neuregelung, insbesondere zu der Frage, ob die zu regelnde Fallgruppe nicht schon durch das Kündigungsrecht nach Satz 1 abgedeckt ist. Mangels einer solchen Regelungsbedürftigkeit wird der Anwendungsbereich dieser Vorschrift in der Literatur als gering eingeschätzt²⁾.

Diese Beurteilung ist naheliegend, da das Erfordernis der Erkennbarkeit dieser persönlichen Umstände die Kündigungsvoraussetzungen in die Nähe der Individualvereinbarung rückt.

Individuelle Umstände, die dem Reisenden die Durchführung der Reise unzumutbar erscheinen lassen, können dem Veranstalter auf zweifache Weise zur Kenntnis gelangen: durch ausdrückliche Erklärung oder durch die Möglichkeit unmittelbarer Wahrnehmung.

Die erste Fallgruppe läßt sich unschwer der gewillkürten Nutzungsvereinbarung zuordnen.

1) Regierungsentwurf, BT Dr. 8/786, S. 28 i.V.m. S. 23 f.

2) Bartl, Reiserecht, RdNr. 73; Löwe, MK, § 651 e RdNr. 10.

Hat der Reisende dem Veranstalter ausdrücklich mitgeteilt, er sei z.B. auf eine bestimmte Diätverpflegung angewiesen, so legt diese Erklärung den vertraglich vorausgesetzten Nutzen der Reise fest. Wegen der offensichtlichen Bedeutung einer speziellen Verpflegungsmöglichkeit für einen Diätetiker erweist sich das Fehlen einer Diätküche als ein die Reise erheblich beeinträchtigender Mangel i.S.d. § 651 e I 1 BGB, denn der Kunde kann die Reise nicht gemäß dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch nutzen.

Nicht anders verhält es sich aber, wenn der Veranstalter bei Buchung der Reise eine offensichtliche Körperbehinderung des Kunden erkennt.

Bucht z.B. ein Rollstuhlfahrer in den Geschäftsräumen des Veranstalters eine Pauschalreise, so ergibt die Auslegung seiner Willenserklärung, bei der auch die äußeren, dem Vertragspartner erkennbaren Umstände zu berücksichtigen sind¹⁾, daß er hinsichtlich der Nutzungstauglichkeit der Unterkunft erhöhte Anforderungen stellt; insbesondere erwartet er, daß sein Zimmer zu ebener Erde liegt oder das Hotel einen funktionsbereiten Lift aufweist.

Diese subjektiven Umstände werden im Falle ihrer Erkennbarkeit immer Bestandteil des Vertrages²⁾ im Sinne des vertraglich vorausgesetzten Nutzen der Reise, der Tatbestand des § 651 e I 2 BGB ist immer schon in dem Kündigungsgrund nach Satz 1 enthalten. Satz 2 erweitert das Kündigungsrecht des Reisenden nicht, die Vorschrift muß als überflüssig bezeichnet werden.

1) Flume, Das Rechtsgeschäft, § 16, 3 c.

2) so auch Bundesrat, BT Dr. 8/2589, S. 4.

II. Erheblichkeit und Beweislast

Wenn auch die Begrenzung des Kündigungsrechts auf Fälle "erheblicher" Reisebeeinträchtigung nach der hier vertretenen Ansicht die materiellrechtliche Position des Reisenden nicht verändert, so sind doch die Auswirkungen der rechtstechnischen Gestaltung dieser Vorschrift auf die prozessuale Durchsetzung von Kündigungsfolgeansprüchen um so gravierender:

§ 634 III BGB kleidet den Wandlungsausschluß wegen nur unerheblicher Wert- oder Tauglichkeitsminderung in die Rechtsform einer anspruchsvernichtenden Einwendung, deren Voraussetzungen der Unternehmer nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen darzulegen und zu beweisen hat¹⁾.

Anders im Reiserecht; § 651 e I BGB zieht das Tatbestandselement erheblicher Reisebeeinträchtigung in die rechtsbegründenden Voraussetzungen des Kündigungsrechts hinein. Kündigt der Reisende den Vertrag und verlangt z.B. Rückzahlung des Reisepreises, so trägt er nunmehr die volle Beweislast für die Erheblichkeit der Beeinträchtigung.

Die begriffliche Unschärfe dieses unbestimmten Rechtsbegriffs bürdet dem rechtsunkundigen Reisenden das gesamte Risiko etwaiger Fehlbeurteilung auf.

Erwartungsgemäß sah sich schon der Rechtsausschuß²⁾ zu einer brauchbaren Definition dieses Begriffs außerstande: Eine Kündigung scheidet in solchen Fällen aus, wenn "der Reisende nur geringfügige Unannehmlichkeiten einer Reise rügen kann oder in denen nur eine einzelne Reiseleistung in ihrer Tauglichkeit herabgesetzt ist, ohne daß dieser Mangel der Einzelleistung zu einer erheblichen Beeinträchtigung der gesamten Reise führt". Verkürzt ausgedrückt ist eine

1) stellvertretend Soergel, MK, § 634 Rdnr. 45.

2) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 10.

Reisebeeinträchtigung dann erheblich, wenn sie nicht geringfügig und nicht unerheblich ist !¹⁾

Überdies verschärft ein reisevertragsspezifischer Umstand seitens des Kunden das Risiko einer Fehlbeurteilung sehr wesentlich: Die vor einer Urlaubsreise allgemein anzutreffende - und häufig durch schönfärberische Produktgestaltung²⁾ noch gesteigerte - hohe Erwartungshaltung des Reisenden erzeugt bei Auftreten von Mängeln am Urlaubsort ein um so intensiveres Gefühl der Enttäuschung. Dies mag ihn dazu veranlassen, das tatsächliche Gewicht eines Mangels voreilig zu überschätzen und überstürzt abzureisen, obwohl er sich bei nüchterner Betrachtung hätte sagen müssen, daß solche Mängel wahrscheinlich noch keinen Abbruch der Reise gestatten.

Fragt man nach der sachlichen Rechtfertigung für diese Umschichtung des Beweisrisikos zu Lasten des Reisenden, so ist sie schlechterdings nicht erkennbar³⁾.

Der Bericht des Rechtsausschusses schweigt zu dieser Rechtsänderung, so daß sich diese legislative Fehlleistung nur mit der Annahme erklären läßt, der Gesetzgeber habe die in der redaktionellen Gestaltung des § 651 e I BGB liegende Benachteiligung des Reisenden nicht gesehen.

1) kritisch auch Bartl, Reiserecht, Rdnr. 68.

2) Zur erweiterten Haftung bei irreführender Werbung im Kaufrecht instruktiv Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung.

3) Unverständnis auch bei Löwe, Pauschalreiserecht, S. 94.

III. Fortfall der Ablehnungsandrohung; Angemessenheit der Neuregelung

Das Kündigungsrecht stellt an seine Ausübung geringere formelle Anforderungen als das werkvertragliche Wandlungsrecht, einer Ablehnungsandrohung der nachträglichen Mängelbeseitigung (§ 634 I 1 BGB) bedarf es nach § 651 e II 1 BGB nicht mehr.

Durch den Wegfall dieser Tatbestandsvoraussetzung wird die Rechtsstellung des Reisenden zweifellos verbessert, insbesondere dem rechtsunkundigen Reisenden dürfte häufig nicht bekannt sein, daß eine ausdrückliche Ablehnung nachträglicher Abhilfe zur Entstehung seines Wandlungsrechts erforderlich ist¹⁾. Es bleibt die Frage, ob diese Begünstigung des Reisenden durch reiserechtliche Besonderheiten geboten erscheint.

Der Bundesrat²⁾ hielt die Änderung für sachwidrig, da die Vertragsauflösung ein so wesentlicher Einschnitt in das Rechtsgeschäft sei, auf den der Reiseveranstalter mit Nachdruck hingewiesen werden sollte.

Eberle³⁾ hingegen hält diese Regelung für sinnvoll, da - über den Bereich des Reisevertragsrechts hinaus -

1) Dies gilt umso mehr, als die Rechtsprechung an den Inhalt der Ablehnungserklärung strenge Anforderungen stellt; s. die Zusammenstellung bei v. Staudinger-Otto, § 326 RdNr. 86 f.
Unzutreffend Bartl, Die Information Nr. 13-14/1979, 321, (324 f.); seine Auffassung von der regelmäßigen Entbehrlichkeit der Fristsetzung und Ablehnungsandrohung (§ 634 II BGB) bei Wandlung des Reisevertrages beruht wahrscheinlich auf mangelnder Unterscheidung zwischen besonderem Interesse an sofortiger Minderung und sofortiger Wandlung; an letztere Voraussetzung sind wesentlich höhere Anforderungen zu stellen.
Die Ablehnungsandrohung ist auch nicht bloßes "Anhängsel" der Fristsetzung, Bartls Literaturhinweise beweisen vielmehr die eigenständige Bedeutung dieser Anspruchsvoraussetzung.

2) BT Dr. 8/2589, S. 4.

3) Eberle, DB 1979, 341, (344).

durch die Fristsetzung gegenüber dem Vertragspartner deutlich genug zum Ausdruck gebracht werde, der erfolglose Fristablauf werde Konsequenzen, insbesondere eine Vertragslösung nach sich ziehen.

Außerhalb des Reiserechts mag es durchaus gerechtfertigt sein, den Schuldner durch die Ablehnungsandrohung auf die bevorstehende Vertragsumgestaltung ausdrücklich hinzuweisen.

Im Reiserecht ist jedoch die Rechtsstellung des Gläubigers aufgrund tatsächlicher Umstände geschwächt. Bei der Ablehnungsandrohung nachträglicher Mängelbeseitigung handelt es sich um eine Anspruchsvoraussetzung, die eine über das übliche Reaktionsverhalten¹⁾ hinausgehende Erklärung darstellt und in der Regel nur von dem rechtskundigen Reisenden vorgenommen werden wird.

Im Vergleich mit dem vertragstypischen Werkbesteller verfügt der Reisende bei Auftreten von Mängeln, also während der Reise nur über sehr eingeschränkte Informationsmöglichkeiten bezüglich seiner Rechte gegenüber dem Veranstalter. In dieser Zeit stößt die Beschaffung von Auskünften auf fast unüberwindliche Schwierigkeiten. Zumal im Ausland kann sich der Reisende kaum jemals die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften beschaffen²⁾, ihm steht keine Verbraucherberatungsstelle zur Seite und er kann sich nur durch kostspielige Telefongespräche mit seinem Rechtsanwalt in Verbindung setzen.

Die einzige für ihn leicht erreichbare Informationsquelle stellt (falls vorhanden) der örtliche Reiseleiter dar, wobei wegen seiner geschäftlichen Verflechtung mit dem Reiseveranstalter die Objektivität seiner Auskünfte in Frage gestellt ist.

1) z.B. Mängelanzeige als Minderungsvoraussetzung.

2) ebenso Jüttner, ZRP 1974, 181.

Neben der praktischen Schwierigkeit der Informationsbeschaffung hat der Reisende wegen des zeitlichen Ablaufs der Reise ein vermehrtes Interesse daran, alsbald zu erfahren, ob ihm ein Kündigungsrecht zusteht, da er den Rest seiner Urlaubszeit nicht mit der Aufklärung seiner rechtlichen Situation vergeuden möchte. Es ist gerechtfertigt, an die von dem kündigungswilligen Reisenden abzugebenden Erklärungen geringe formelle Anforderungen zu stellen, der Verzicht auf die Ablehnungsandrohung als Tatbestandsvoraussetzung des Kündigungsrechts entspricht der Interessenlage des Reisenden.

Im Vergleich mit dem Werkunternehmer ist ein vermehrtes Bedürfnis des Veranstalters, die Ablehnung seiner nachträglichen Abhilfeleistung angedroht zu bekommen, nicht ersichtlich. Da im Reiserecht an das der Kündigung "vorgeschaltete" Minderungsrecht geringere Voraussetzungen zu stellen sind als im werkvertraglichen Gewährleistungsrecht - eine Abhilfefrist ist entbehrlich -, kann der Veranstalter einem Abhilfeverlangen des Reisenden unter Fristsetzung entnehmen, bei erfolglosem Ablauf kämen weitergehende rechtliche Folgen, insbesondere eine Vertragsauflösung auf ihn zu. Die Warnfunktion der Ablehnungsandrohung wird im Reiserecht durch die Nachfristsetzung weitgehend erfüllt, das Leistungserbringungsinteresse des Veranstalters ist hinreichend gewahrt.

Bei Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien ist der Fortfall des Tatbestandselements "Ablehnungsandrohung" als insgesamt sachgerecht zu beurteilen.

IV. Schicksal der Gegenleistung bei Wandlung und Kündigung

Die Ersetzung des Wandlungsrechts durch die reise-rechtliche Kündigung wird in der Literatur überwiegend begrüßt¹⁾. Zur Begründung wird angeführt, eine Auf-lösung des Reisevertrages mit ex-tunc-Wirkung nach Wandlungsrecht und eine Rückgewähr der empfangenen Leistungen (§§ 634 IV, 467, 346 BGB) sei bei dem Leistwerk Reise nicht möglich, eine Beendigung des Vertragsverhältnisses mit Wirkung für die Zukunft sei dem Vertragsgegenstand angemessener. Eine Qualifizierung aufgrund einer Begriffsinter-pretation ist allerdings vordergründig und verfehlt, der Bezeichnung "Kündigung" kommt im Zivilrecht all-gemein eine andere Bedeutung als in § 651 e I BGB zu²⁾.

Ob das neue Recht den Schutz des Reisenden zu seinen Gunsten oder Lasten verändert, soll durch eine Gegen-überstellung der Rechtsfolgen von werkvertraglicher Wandlung und reiserechtlicher Kündigung - zunächst unter dem Gesichtspunkt des Schicksals der Gegen-leistung - ermittelt werden.

1. Rückerstattung des vorausbezahlten Reisepreises

Wie schon oben³⁾ erwähnt, herrscht im Tourismusge-werbe der Brauch, den Reisepreis im voraus zu ent-richten. Für den Reisenden ist daher die rechtstech-nische Konstruktion und praktische Durchsetzbarkeit seines Rückzahlungsanspruchs nach Vertragslösung von wesentlicher Bedeutung.

1) Eberle, DB 1979, 341, (344); Derleder, AK, BGB, § 651 e Rdnr. 1; Löwe, MK, § 651 e Rdnr. 1; Rebmann, DRiZ 1978, 269, (270); Tonner, Reise-vertrag, § 651 e Rdnr. 2.

2) Teichmann, in: Jauernig, BGB, § 651 e Anm. 1.

3) s. S. 31.

a) nach Wandlungsrecht

Die Wandlung kehrt den Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis, die Parteien sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzuerstatten (§§ 634 IV, 467, 346 S. 1 BGB). Nach einhelliger Meinung besteht die Rückgewährpflicht ohne Rücksicht darauf, ob der Empfänger tatsächlich durch die Leistung bereichert ist; § 818 III BGB ist hier unanwendbar¹⁾, eine Beschränkung der Rückgewährpflicht auf die vorhandene Bereicherung besteht nur in den Fällen gesetzlicher Rücktrittsrechte i.S.d. § 327 S. 2 BGB²⁾.

b) nach reisevertraglichem Kündigungsrecht

Während noch § 17 III des Regierungsentwurfs die Rückgewähr der im voraus entrichteten Vergütung vorsah, trifft das Kündigungsrecht keine ausdrückliche Entscheidung in diesem Punkt; Absatz 3 regelt lediglich den Verlust des unternehmerischen Vergütungsanspruchs. Mangels besonderer Rückabwicklungsvorschriften gewährt die überwiegende Lehrmeinung³⁾ dem Reisenden einen Rückzahlungsanspruch nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff BGB) mit der Gefahr des Anspruchsuntergangs wegen Wegfalls der Bereicherung (§ 818 III BGB). Konsequenterweise sehen die Vertreter dieser Ansicht in der Neuregelung eine wesentliche Beeinträchtigung des Verbrauchers.

1) Ballhaus, RGRK, § 346 Rdnr. 17; Palandt-Heinrichs, § 346 Anm. 3; v. Staudinger-Kaduk, § 346 Rdnr. 53; Vollkommer, in: Jauernig, BGB, § 346 Anm. 4 b) bb); RG JW 1907, 670, (672).

2) Ballhaus, a.a.O.

3) Löwe, MK, § 651 e Rdnr. 18; Palandt-Thomas, § 651 e Anm. 3 a; Tonner, Reisevertrag, § 651 e Rdnr. 11; ebenso Bundesrat, BT Dr. 8/2589, S. 4; Erman-Seiler, § 651 e Rdnr. 13; Bartl, Reise-recht, Rdnr. 80; Eichinger, Jura 1981, 185, (190).

Larenz¹⁾ will auch im Rahmen des reisevertraglichen Kündigungsrechts § 346 BGB entsprechend anwenden und erreicht so den Ausschluß des Entreichungseinwands. Seine Argumentation soll im folgenden kurz dargestellt und auf ihre Stichhaltigkeit überprüft werden.

Zunächst stützt sich Larenz auf den Bericht des Rechtsausschusses zu der neuen Vorschrift. Seine Ausführungen, das Recht zur Kündigung erscheine angemessener "als eine rückwirkende Vernichtung des Vertrages durch Rücktritt oder Wandlung" lasse erkennen, daß der Rechtsausschuß von der veralteten Auffassung vom Wesen des Rücktritts ausgegangen sei, nach der durch Rücktritt das gesamte Schuldverhältnis mit ex-tunc-Wirkung vernichtet werde. Nach neuerer und fast einhelliger Ansicht finde der Rückgewähranspruch des § 346 I BGB aber seine Grundlage in dem umgestalteten Vertragsverhältnis selbst und es könne nicht unterstellt werden, der Gesetzgeber habe durch die Wahl des Ausdrucks "Kündigung" statt "Wandlung" oder "Rücktritt" dem Reisenden seinen Rückgewähranspruch aus dem Vertragsverhältnis nehmen und ihn auf den Bereicherungsanspruch beschränken wollen.

Vielmehr habe sich der Gesetzgeber hierbei überhaupt keine Gedanken gemacht, so daß die entstandene Lücke sachgerecht auszufüllen sei.

Larenz erkennt hierbei, daß unabhängig von der Wirkung des Rücktritts auf das Vertragsverhältnis der Rückgewähranspruch des Gläubigers durch den Entreichungseinwand nicht berührt wird. Selbst nach der älteren Meinung, die durch Rücktritt das gesamte Rechtsgeschäft als rückwirkend vernichtet ansah, ergab sich der Rückerstattungsanspruch allein aus § 346 BGB und nicht aus dem Bereicherungsrecht, ein

1) Larenz, VersR 1980, 689, (691).

Entreicherungseinwand nach § 818 III BGB fand nicht statt¹⁾.

Auch wenn man davon ausgeht, der Gesetzgeber halte an der älteren Auffassung vom Rechtscharakter des Rücktritts fest, so kann man ihm nicht unterstellen, er habe in Unkenntnis der Nichtanwendbarkeit des § 818 III BGB gehandelt und hierbei übersehen, daß dem Reisenden mangels Normierung eines selbständigen Rückerstattungsanspruchs nur der Rückgriff auf Bereicherungsrecht verbleibe.

Zieht man den Gesinnungswandel des Gesetzgebers in Betracht, von einem sondergesetzlich geschaffenen Reisevertragsrecht abzusehen und durch die Integration des Reisevertrages in das BGB an seine Systematik anzuschließen, so legt dies eher den Schluß nahe, man habe auf die allgemeinen Rückabwicklungsvorschriften rechtsgrundlos erlangter Leistungen²⁾ zurückgreifen wollen. Hätte der Gesetzgeber einen anderen Rückerstattungsmodus beabsichtigt, so hätte er dies unproblematisch durch Kodifizierung eines selbständigen Anspruchs oder Verweises auf § 346 BGB erreichen können.

Berücksichtigt man die Intention des Gesetzgebers, das Leistungsstörungsrisiko des Veranstalters wegen Leistungsträgerverschuldens zu Lasten des Reisenden zu mindern³⁾, so erweist sich die Umschichtung des Rückgriffsrisikos als konsequente Verwirklichung dieser Absicht.

Larenz argumentiert weiter, falls man den Rückzahlungsanspruch des kündigenden Reisenden auf Bereicherungsrecht beschränke, ergäbe sich ein unerträglicher

1) einhellige Ansicht; s. stellvertretend Ballhaus, RGRK, § 346 Rdnr. 10.

2) der Reiseveranstalter "verliert" seinen Preisanspruch, § 651 e III 1 BGB.

3) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 6: "gerechter" Interessenausgleich, realisiert in § 651 h I Nr. 2 BGB.

Wertungswiderspruch zu seiner Rechtsstellung bei Rücktritt vor Reisebeginn, da § 651 i II 1 BGB den Begriff "Rücktritt" verwende und ihm daher zweifellos den Anspruch aus § 346 BGB gewähre.

Bedenken ergeben sich schon gegen die Methode, aus der Verwendung des Ausdrucks "Rücktritt" Schlüsse auf den Rechtscharakter der Vorschrift zu ziehen.

Wie schon dargestellt¹⁾, führt im Reisevertragsgesetz eine Begriffsinterpretation häufig zu abwegigen Ergebnissen, auch unter "Kündigung" versteht man im BGB gemeinhin etwas anderes.

Vergleicht man die drei reiserechtlichen Vorschriften miteinander, die eine Auflösung des Vertragsverhältnisses regeln (Kündigung wegen Mängel, § 651 e BGB; Rücktritt vor Reisebeginn, § 651 i BGB; Kündigung wegen höherer Gewalt, § 651 j BGB), so stellt sich heraus, daß sie unabhängig von ihrer Bezeichnung die Rechtsfolgen bezüglich des Entgelts technisch in gleicher Weise regeln: Der Veranstalter verliert seinen Preisanspruch und erhält statt dessen einen Entschädigungsanspruch. Erst im Rahmen der Bemessung der Entschädigung und der Tragungspflicht der Mehrkosten kommen Kriterien zur Anwendung, welche die Verantwortungssphäre dessen berücksichtigen, der die Vertragslösung letztlich verursacht hat.

Die rechtstechnische Abwicklung der Rechtsfolgen ist in allen drei Fällen gleich, die Auswirkungen der Geltendmachung dieser Rechte auf das Vertragsverhältnis unterscheiden sich nicht.

Abgesehen von dem Kündigungsrecht wegen höherer Gewalt, das nach den Vorstellungen des Gesetzgebers²⁾ sowohl vor wie nach Reisebeginn geltend zu machen sei, orientiert sich die unterschiedliche Bezeichnung als Kündigungs- oder Rücktrittsrecht lediglich an dem

1) s.o.S. 65.

2) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 10.

formalen Anhaltspunkt, ob das Vertragsverhältnis vor oder nach Antritt der Reise aufgelöst wird, ein Rückschluß auf seinen Rechtscharakter kann daraus nicht gezogen werden.

Folgt man dieser Auffassung, so liegt es nahe, mangels eines speziellen Rückerstattungsanspruchs den Reisen den auch im Falle des "Rücktritts" nach § 651 i BGB auf bereicherungsrechtliche Vorschriften zu verweisen¹⁾.

Der von Larenz beanstandete Wertungswiderspruch zwischen den Rechtsfolgen der §§ 651 e und i BGB wird vermieden.

Schließlich versucht Larenz, die Anwendbarkeit des § 346 BGB mit der Funktion der reiserechtlichen Kündigung zu begründen²⁾.

Die Kündigung ersetze das werkvertragliche Wandlungsrecht, sie hebe den unternehmerischen Entgeltanspruch auf, begründe eine Entschädigungs- und weitere Rückabwicklungspflichten, sie gestalte das Vertragsverhältnis daher ebenso wie der Rücktritt um.

Außer der ausdrücklich erklärten Absicht des Gesetzgebers³⁾, eine Rückwirkung der Kündigung auf das Vertragsverhältnis vermeiden zu wollen, spricht gerade die Ausgestaltung der Rechtsfolgen gegen eine Umwandlung des Vertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis. So berücksichtigt die Einführung des unternehmerischen Entschädigungsanspruchs die Tatsache, daß im Reiserecht die zunächst geschuldete Reiseleistung typischerweise nicht zurückgewährt werden kann. Wenn auch die

1) so im Ergebnis auch Tonner, Reisevertrag, § 651 i Rdnr. 7.

2) Larenz, a.a.O.; so auch Teichmann, JZ 1979, 737, (741 Fußn. 54).

3) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 10.

Kündigung dem werkvertraglichen Wandlungsrecht funktionell entspricht, so hat sie doch eine rechtstechnisch abweichende Ausgestaltung erfahren. Wie soeben aufgezeigt¹⁾, hat der Gesetzgeber die Rechtsfolgen aller drei auf eine Vertragslösung gerichteten reiserechtlichen Vorschriften (§§ 651 e, i, j BGB) durch eine einheitliche dogmatische Struktur geregelt, ohne hierbei auf die entsprechenden, unter Geltung von Werkvertragsrecht anzuwendenden und in der Struktur ihrer Rechtsfolgen sehr unterschiedlichen Normen (§§ 634 i.V.m. 467, 346; 649; 323 i.V.m. 812 ff BGB)²⁾ zurückzugreifen. Entsprechend ist der jeweilige Rückzahlungsanspruch auf eine einheitliche Basis zu stellen. Aufgrund der Einfügung des Reisevertragsrechts in das System des BGB bietet es sich an, mangels einer ausdrücklichen Regelung die allgemeinen Vorschriften über die Herausgabe einer rechtsgrundlos erlangten Leistung auf die Rückzahlung des überzahlten Reisepreises in allen drei Fällen der reiserechtlichen Vertragslösung anzuwenden³⁾.

Unter Geltung des Reisevertragsrechts kann sich der Veranstalter nach erfolgter Kündigung nunmehr darauf berufen, er habe den vereinnahmten Reisepreis bereits an den mangelhaft leistenden Leistungsträger entrichtet und könne bei ihm aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht erfolgreich Regreß nehmen⁴⁾,

1) s.o.S. 69.

2) die Wandlung begründet ein Rückgewährschuldverhältnis, die Kündigung gemäß § 649 BGB beläßt dem Unternehmer seinen Vergütungsanspruch unter Abzug ersparter Aufwendungen etc., bei unvertretbarer Unmöglichkeit der Reise steht dem Kunden ein Rückzahlungsanspruch nach Bereicherungsrecht zu.

3) zutreffend Tonner, Reisevertrag, § 651 e Rdnr. 11; § 651 i Rdnr. 7; § 651 j Rdnr. 9.

4) Löwe, MK, § 651 e Rdnr. 18.

er sei entreichert. Insbesondere bei Einschaltung von ausländischen Leistungsträgern, auf deren Verhalten der Reiseveranstalter häufig nur einen begrenzten Einfluß hat und gegen die er wegen der Geltung fremden Rechts seine Regreßansprüche oft nicht wird durchsetzen können, wird sich der Reisende vermehrt der Einwendung des § 818 III BGB gegenübergestellt sehen.

Die Einführung des § 651 e III 1 BGB benachteiligt den Reisenden gegenüber dem bisher geltenden Recht erheblich¹⁾.

c) Angemessenheit der Verlagerung des Rückgriffsrisikos

Die Verschiebung des unternehmerischen Rückgriff-
risikos zu Lasten des Reisenden wirft die Frage auf,
ob das Reiserecht vertragsspezifische Besonderheiten
aufweist, die ein Abweichen von der im Werkvertrags-
recht getroffenen Haftungs- und Risikoverteilung
rechtfertigt.

Die Absicht des Gesetzgebers, das Risiko der Lei-
stungsstörung seitens der vom Veranstalter einge-
schalteten Leistungsträger auf den Reisenden zu ver-
lagern, deutet sich schon im Bericht des Rechtsaus-
schusses²⁾ zur Zielsetzung des Gesetzentwurfes an.

Der Rechtsausschuß weist dort darauf hin, der Reise-
veranstalter bediene sich bei der Erbringung der ver-
schiedenen Einzelleistungen der Hilfe von Leistungs-
trägern, die sich von dem Leitbild des typischen
Erfüllungsgehilfen i.S.d. § 278 BGB erheblich unter-
schieden. Auch der sorgfältigste Reiseveranstalter
habe auf die Auswahl und Qualität der fremden und
häufig ausländischen Leistungsträger nur einen be-
grenzten Einfluß und könne die vertragsgemäße Erfül-

1) Löwe, a.a.O.; ebenso der Bundesrat in seiner Be-
gründung zur Anrufung des Vermittlungsausschusses
v. 16.2.1979, BT Dr. 8/2589, S. 4 f.

2) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 6.

lung der versprochenen Leistungen durch den Leistungsträger nicht ausreichend überwachen.

Deshalb komme es gerade bei Reiseverträgen eher zu erheblichen Leistungsstörungen als bei anderen Werkverträgen, es sei daher eine neue gesetzliche Regelung zu finden, die einen "gerechteren" Interessenausgleich der Parteien herbeiführe.

Dieser Auffassung, die zum Nachteil des Reisenden von dem Rechtsgedanken des § 278 BGB abweicht, wonach der Schuldner bei Inanspruchnahme Dritter zur Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeiten für deren Verschulden wie für eigenes zu haften hat, liegt eine Abwägung der wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien zugrunde, die auch für die Verschiebung des unternehmerischen Regreßrisikos durch § 651 e III 1 BGB maßgebend gewesen sein mag.

Diese Interessenabwägung soll daraufhin untersucht werden, ob sie auf sachgerechten Erwägungen beruht und eine Verlagerung des Rückgriffrisikos zum Nachteil des Reisenden rechtfertigt.

Zutreffend ist die Feststellung des Rechtsausschusses, der Reiseveranstalter habe im Vergleich mit dem leitbildgemäßen Werkunternehmer nur eingeschränkte Möglichkeiten zur Auswahl und Überwachung seiner Leistungsträger. Dieses Argument kann auch die Haftungsbeschränkung eines Veranstalters in seinen AGB stützen, es läßt jedoch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien vermissen und berücksichtigt einseitig die Bedürfnisse des Veranstalters.

Dieses Versäumnis soll im folgenden nachgeholt werden.

Der Reisende sieht sich vor die Situation gestellt, daß der Veranstalter den Reisevertrag ohne Vorauszahlung des Entgelts in aller Regel nicht abschließt. Die Gründe für diesen Brauch, der Veranstalter habe

meist im voraus erhebliche Aufwendungen zur Sicherstellung der Reiseleistungen getätigt, erweisen sich - zumindest für eine vollständige Vorauszahlung - als nicht tragfähig. Die vom Gesetzgeber im Werkvertragsrecht (§ 641 I BGB) zugrundegelegte Wertung geht von der Vorleistungspflicht des Unternehmers aus und läßt ausdrücklich eine Teilvergütung durch Parteivereinbarung zu. Diese Regelung entspricht der Praxis auch bei Herstellung hochwertiger Wirtschaftsgüter (z.B. Bauwerke), ein Bauherr würde sich wohl schwerlich einer vollständigen Vorleistungspflicht unterwerfen¹⁾. Selbst wenn man eine Vorauszahlung des Reisepreises in Höhe der an Leistungsträger zu entrichtenden Beiträge noch als gerechtfertigt ansähe²⁾, die Vorleistung des unternehmerischen Gewinns begünstigt einseitig den Reiseveranstalter³⁾.

Hat der Reisende erst einmal den Reisepreis bezahlt, so hat er zugleich jede Einflußmöglichkeit auf die Verwendung des vereinnahmten Geldbetrages verloren, insbesondere kennt er die vom Veranstalter eingeschalteten Leistungsträger im Gegensatz zu diesem nicht⁴⁾ und kann sich kein Urteil darüber bilden, ob bei Vorauszahlung eines Teils des Reisepreises an die betreffenden Leistungsträger ein erhöhtes Leistungsstörungs- und Rückgriffsrisiko besteht.

1) Jüttner, ZRP 1974, 181, (182).

2) Jüttner, a.a.O., weist darauf hin, daß kaum ein Reiseveranstalter seine Leistungsträger im voraus voll entlohnen würde.

3) hinzu kommt die völlige Schutzlosigkeit des Reisenden bei Konkurs des Veranstalters; er steht regelmäßig vor der Wahl, abzureisen oder den Urlaub auf eigene Kosten zum zweiten Mal zu finanzieren.

4) so auch Grunewald, NJW 1980, 1924, (1926); Sünner, Rechtsbeziehungen, S. 32.

Von den beiden am Reisevertrag beteiligten Parteien ist der Reiseveranstalter der einzige, dem überhaupt eine gewisse Auswahl- und Überwachungsmöglichkeit bezüglich der Leistungsträger zukommt. Der Reisende hingegen zahlt wohl oder übel und vertraut - nicht zuletzt veranlaßt durch Prospektwerbung wie "unser Vertragshotel seit 10 Jahren" und ähnliche, langjährige Kooperation und gegenseitige Kenntnis verheissende Angaben - darauf, daß der Veranstalter die von ihm ausgewählten Leistungsträger kennt und kontrolliert¹⁾. Der Veranstalter besitzt im Gegensatz zu dem Reisenden nicht nur einen höheren Informationsstand über die Leistungsfähigkeit und Vertragstreue seines Leistungsträgers, er verfügt auch über weiterreichende Einwirkungsmöglichkeiten als sein Kunde.

Aufgrund des Interesses des Leistungsträgers an einem Fortbestand der Geschäftsbeziehungen kann der Veranstalter ihn durch wirtschaftlichen Druck zur Durchsetzung seiner Forderungen veranlassen, ohne gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen zu müssen²⁾.

Belastet man den Reisenden, der abweichend von der gesetzlichen Wertung des § 641 I BGB seine Leistungspflicht vorab erfüllt hat, mit dem Regreßrisiko, das seinen Ursprung allein im Pflichtenkreis des Veranstalters hat, so bedeutet dies die Weiterführung einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung des Verbrauchers, die mit der stillschweigenden Tolerierung der Vorleistungspflicht des Reisenden durch das Reisevertragsgesetz begann.

Die Verlagerung des Rückgrifftrisikos zu Lasten des Reisenden ist insgesamt als sachwidrig zu beurteilen; die durch § 651 e III 1 BGB dem Veranstalter geschaffene Möglichkeit, sich bei Kündigung gegenüber dem

1) Sünner, a.a.O., hält dieses Vertrauensverhältnis für besonders schutzwürdig.

2) ebenso Grunewald, a.a.O.

Rückzahlungsbegehren auf Entreicherung zu berufen, begünstigt einseitig den Unternehmer, ein Interessenausgleich findet nicht statt.

2. Nutzungsvergütung und Entschädigung

An die Stelle des werkvertraglichen Rückgewähranspruchs (§§ 634 IV, 467, 346 BGB) tritt im Reiserecht ein "Entschädigungs-"anspruch, dessen Höhe sich nach Minderungsmaßstäben bemißt (§ 651 e III 2 i.V.m. § 471 BGB). Die Ausgestaltung der Rechtsfolgen berücksichtigt, daß die Reise als ein kurzlebiges und verbrauchbares Wirtschaftsgut nicht zurückgewährt werden kann und bei einer Rückabwicklung über Wandlungsrecht regelmäßig eine Nutzungsvergütung nach § 346 S. 2 BGB zu entrichten ist.

Nach Auffassung von Leonardy¹⁾ und Bartl²⁾ war nach bisher geltendem Recht der Wertvergütungsanspruch des Unternehmers vom Standpunkt des Bestellers aus zu bemessen, während der reiserechtliche Entschädigungsanspruch sich aus der Sicht des Veranstalters ergäbe; die Neuregelung benachteilige folglich den Reisenden. Es bleibt unklar, wie die genannten Kommentatoren zu dieser Ansicht gelangen, denn die Nutzungsvergütung gemäß § 346 S. 2 BGB orientiert sich am gemeinen³⁾ Wert der Leistung bzw. an der vereinbarten Gegenleistung, die Entschädigung nach §§ 651 e III 2, 471 BGB berechnet sich ebenfalls an Hand der vertraglichen Preisbildung, die subjektiven Wertvorstellungen der Parteien sind hierbei bedeutungslos.

Für eine abschließende Beurteilung der Position des Reisenden infolge des neuen Rechts sollen nachfolgend die maßgeblichen Bemessungskriterien gegenübergestellt werden.

1) Leonardy, DRiZ 1978, 267, (269).

2) Bartl, Die Information Nr. 13-14/1979, 321, (325).

3) Palandt-Heinrichs, § 346 Anm. 3.

a) Berechnung der Nutzungsvergütung nach Rücktrittsrecht, § 346 S. 2 BGB

Das Rücktrittsrecht erlaubt eine Bemessung des Nutzungsentgelts auf zweifache Weise, entweder Vergütung des Wertes oder Zahlung der vereinbarten Gegenleistung. In der Literatur besteht Uneinigkeit darüber, in welchem Verhältnis diese Berechnungsmodi zueinander stehen.

aa) Zulässigkeit der Berechnung an Hand der vertraglich vereinbarten Gegenleistung im Rahmen gesetzlichen Rücktrittsrechts

Oertmann¹⁾, Stark²⁾ und Koller³⁾ halten die 2. Alternative des § 346 S. 2 BGB nur in Fällen des vertraglichen Rücktrittvorbehalts für anwendbar, bei dem - im Gegensatz zu Gewährleistungsfällen - die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung nicht gestört sei.

Diese Auffassung beruht offensichtlich auf der Annahme, unter "vertraglich bestimmter Gegenleistung" sei das gesamte, für das vollendete Werk zu zahlende Entgelt zu verstehen. Unter dieser Voraussetzung erscheint das Rücktrittsrecht als wenig tauglicher Rechtsbehelf; Oertmann⁴⁾ wirft zu Recht die Frage auf, warum das Gesetz dem Besteller ein Recht verleihe, wenn es ihm seine Geltendmachung durch eine weitere Vorschrift aufs gründlichste "verekele".

Richtigerweise ist § 346 S. 2 BGB so zu verstehen, daß bei vertraglicher Vereinbarung einer Gegenleistung die hierbei von den Parteien zugrundegelegten Wertansätze auch bei Berechnung der infolge Wandlung zu entrichtenden Nutzungsvergütung zu berücksichtigen

1) Oertmann, Recht 1920, 153, (158 f).

2) Stark, JW 1929, 1727, (1728).

3) Koller, DB 1974, 2385.

4) Oertmann, a.a.O., S. 156.

sind¹⁾, d.h. der vereinbarte Preis ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert des mangelfreien Werkes zu dem wirklichen Wert des fehlerhaften Werkes steht.

Die Höhe der Nutzungsvergütung wird also in gleicher Weise berechnet wie der herabgesetzte Preis im Falle der Minderung²⁾.

Die pauschale Verweisung des § 467 BGB auf eine "entsprechende" Anwendbarkeit der Rücktrittsvorschriften eröffnet die Möglichkeit, auch bei der Rückabwicklung des Vertrages infolge Wandlung die von den Parteien vereinbarten Wertansätze in "entsprechender", die Leistungsstörung berücksichtigender Weise gelten zu lassen. Die 2. Alternative des § 346 S. 2 BGB führt auch in Fällen gesetzlicher Rücktrittsrechte zu sinnvollen Ergebnissen.

bb) Rangverhältnis der Berechnungsmodi des § 346 S. 2 BGB

Die Anwendbarkeit beider Berechnungsmethoden im Rahmen gesetzlichen Rücktrittsrechts wirft die Frage auf, ob die Nutzungsvergütung bei vertraglich vereinbarter Gegenleistung vorrangig nach diesem willkürlich festgelegten Wertansatz zu ermitteln ist und eine Abgeltung des (objektiven oder subjektiven) Wertes ausschließt.

Aus der im Gesetz aufgestellten Reihenfolge könnte man schließen, die Berechnung der Vergütung habe in erster Linie unter Zugrundelegung des Wertes zu erfolgen.

Diese Auslegung ist allerdings formalistisch und wenig sinnvoll, da sie eine Ermittlung an Hand der vertraglich vereinbarten Wertansätze regelmäßig ausschließt.

1) Leser, Rücktritt vom Vertrag, S. 170; Peters, JR 1979, 265 (267).

2) Peters, a.a.O., S. 268.

Nach Leser¹⁾ kommt dem Vertragspreis als Bemessungsgrundlage vorrangige Bedeutung zu, weil eine Vermutung bestehe, die Bewertung im Vertrag entspreche dem tatsächlichen Wert. Diese Vermutung könne der Besteller durch den Beweis widerlegen, daß der gemeine Wert vom Vertragspreis nach unten abweiche; in diesem Fall sei auf den gemeinen Wert abzustellen.

Leser begründet dieses Rangverhältnis mit dem Argument, bei generellem Vorrang des vertraglich vereinbarten Wertansatzes träte eine unangemessene Bindung an den ursprünglichen Vertrag und die in ihm fixierten Gewinnaussichten ein, von der sich der Vertragspartner möglicherweise gerade lösen wolle²⁾.

Mit einer Qualifizierung des § 346 S. 2 2. Alt. BGB als widerlegbare Vermutung verträgt sich schlecht die Fassung der Vorschrift, die ihrem Wortlaut nach zwei unterschiedliche Bemessungsgrundlagen nebeneinander stellt.

Auch ohne ausdrückliche Erwähnung des vertraglich festgesetzten Wertes als möglicher Bemessungsgrundlage wäre mangels anderweitigen Parteivorbringens regelmäßig davon auszugehen, der vereinbarte Preis entspreche mutmaßlich dem gemeinen Wert³⁾.

Auch ist es nicht Zweck des Wandlungsrechts, dem Besteller einen Weg zu eröffnen, sich von der mittlerweile als ungünstig erkannten Wertrelation des Vertrages zu lösen, denn gerechterweise verbleiben ihm auch die Vorteile eines günstigen Geschäfts⁴⁾.

Beuthien⁵⁾ gelangt bei der Erörterung der Abwicklung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses zu dem Ergeb-

1) Leser, a.a.O.

2) Leser, a.a.O., Fußn. 75.

3) so auch Peters, a.a.O., S. 267; speziell zum Reiserecht Bartl, Reiserecht, Rdnr. 55.

4) Peters, a.a.O.

5) Beuthien, RdA 1969, 161, (168).

nis, dem Arbeitnehmer sei nach § 346 S. 2 BGB wenigstens der objektive Wert, sonst aber das höhere vertraglich vereinbarte Entgelt zu entrichten.

Einerseits spreche der Wortsinn der mehrdeutigen Vorschrift dafür, den Ausgleich primär an Hand des vertraglich vereinbarten Entgelts vorzunehmen, andererseits erwähne die Vorschrift den Gedanken des Wertersatzes an erster Stelle.

Als letztlich entscheidendes Kriterium stellt Beuthien auf die Rückleistungsfunktion des § 346 S. 2 BGB ab, die eine volle Wertabschöpfung auf beiden Seiten zum Ziel habe.

Diese Argumentation ist insofern widersprüchlich, als sie dem Arbeitnehmer die den objektiven Wert seiner Arbeit übersteigende vertraglich vereinbarte Vergütung gewährt, die aber lediglich auf willkürlicher Parteivereinbarung beruht und sich nicht auf das Prinzip der Wertabschöpfung stützen läßt.

Ein weiterer Lösungsweg läßt sich aus einer Parallele zur Minderung entwickeln.

Der Minderung liegt der Sachverhalt zugrunde, daß der Gläubiger eine minderwertige Leistung behält und seine Gegenleistung herabsetzt. Bei der Ermittlung der Höhe des Minderungsbetrages soll nach dem Willen des Gesetzgebers die vertragliche Wertfestsetzung weiterhin gelten, der vereinbarte Preis wird im Verhältnis der objektiven Wertminderung herabgesetzt (§ 472 BGB). Wenn im Rahmen der Wandlung eine Leistung wegen ihrer Beschaffenheit nicht zurückgewährt werden kann (§§ 467, 346 S. 2 BGB), trotzdem aber für den Gläubiger einen Wert darstellte, so "behält" er die Leistung ebenfalls, der Sachverhalt ist dem der Minderung vergleichbar¹⁾.

1) ebenso Soergel, MK, § 634 Rdnr. 24.

Bei der Festsetzung der Höhe der Nutzungsvergütung ist es dann geboten, der Minderungsmethode auch hier Geltung zu verschaffen und bei Vereinbarung eines Entgelts primär von den dort festgesetzten Wertansätzen auszugehen. Nur falls keine Gegenleistung vereinbart ist, hat eine Wertvergütung zu erfolgen.

Für diese Lösung spricht insbesondere die unterschiedslose Berechnung von Nutzungsvergütung und des infolge Minderung herabgesetzten Entgelts; es wäre nicht einsichtig, warum der Besteller mit der Wahl zwischen Wandlung und Minderung zugleich die Auswahl zwischen unterschiedlichen Berechnungsmaßstäben erhielte¹⁾.

Da im Reiserecht der Reisepreis nahezu ausnahmslos im voraus entrichtet wird und damit die Gegenleistung i.S.d. § 346 S. 2 2. Alt. BGB bestimmt ist, erfolgt die Berechnung der Nutzungsvergütung regelmäßig nach der zweiten Alternative, es braucht deshalb nicht erörtert zu werden, ob sich mangels einer vertraglichen Entgeltvereinbarung die Wertvergütung nach dem objektiven oder subjektiven Wert des mangelhaften Werkes bestimmt.

b) Berechnung der Entschädigung nach Kündigungsrecht,
§ 651 e III 2 BGB

Die reiserechtliche Entschädigung orientiert sich an dem Minderungsprinzip (§ 471 BGB), es findet eine verhältnismäßige Herabsetzung des vereinbarten Entgelts statt.

§ 471 BGB beruht auf dem Gedanken der Vergütung vollständiger mangelfreier Teilleistungen; die wortgetreue Anwendung der Vorschrift auf den Reisevertrag würde dazu führen, daß der Reiseveranstalter auch bei Erbringung einer nur teilweise fehlerhaften Einzelleistung - wie etwa Unterkunft oder Verpflegung - für die-

1) Peters, a.a.O., S. 271.

sen insgesamt mit einem Mangel behafteten Teil keine Vergütung erhielt. Tonner¹⁾ erwähnt das Beispiel, daß nach zwei Wochen Urlaub eine lärmende Diskothek neben dem bis dahin ruhigen Hotel eröffnet wird und der Reisende daraufhin den Vertrag hinsichtlich der noch verbleibenden Woche kündigt.

Die Anwendung des § 471 BGB im Rahmen des Reiserechts hat zu berücksichtigen, daß die Vorschrift am Sachkauf als ihrem vertraglichen Leitbild konzipiert ist.

Beim Kauf mehrerer Sachen zu einem Gesamtpreis hat die einzelne mangelhafte Sache für den Käufer keinen Wert, er kann sie dem Verkäufer auch mühelos zurückgeben. Wählt er diesen Weg, so entfällt eine Vergütung für diese einzelne Sache.

Bei einer Pauschalreise erstreckt sich die von dem Veranstalter zu erbringende Teilleistung häufig über die gesamte Reisedauer (Standardbeispiel: Unterkunft, Verpflegung), der bisher fehlerfrei erbrachte Abschnitt der Teilleistung hat für den Reisenden häufig einen Wert (z.B. die zweiwöchige mangelfreie Unterkunft in dem bis zu diesem Zeitpunkt ruhigen Hotel) und kann aus der Natur der Leistung nicht zurückgewährt werden. Ließe man die Entschädigungspflicht für die gesamte Teilleistung entfallen, so träfe dies den Reiseveranstalter unangemessen hart.

Die Verweisung auf § 471 BGB ist interessengerecht so auszulegen, daß auch der mangelfreie Teil einer insgesamt mit einem Fehler behafteten Teilleistung in die Berechnung nach § 471 BGB einzubeziehen und zu vergüten ist²⁾.

1) Tonner, Reisevertrag, § 651 e Rdnr. 17.

2) Tonner, a.a.O.; Bartl, Reiserecht, Rdnr. 79.

Es bleibt festzustellen, daß die reiserechtliche Entschädigung nach demselben Maßstab ermittelt wird wie die Nutzungsvergütung bei Wandlung des Werkvertrages, insbesondere sind jeweils die vertraglich vereinbarten Wertansätze zugrunde zu legen.

Die Kritik Bartls¹⁾ und Leonardys²⁾, die Kündigung beeinträchtigt den Reisenden durch eine Verschiebung der Vergütungskriterien vom Standpunkt des Reisenden zum Veranstalter, ist unzutreffend.

Die Einführung des § 651 e III 2 BGB bewirkt keine Veränderung der Rechtsstellung des Reisenden im Vergleich mit dem bisher geltenden Recht.

c) Entschädigungs-/Vergütungsanspruch bei fehlendem Interesse des Reisenden an mangelfreien Teilleistungen

aa) nach Kündigungsrecht, § 651 e III 3 BGB

Die Vorschrift verbindet den Entschädigungsanspruch mit dem Interesse des Reisenden an den mangelfreien Teilen der Reiseleistung, mangels Interesses entfällt der Anspruch, maßgeblich sind die subjektiven Wertkriterien des Reisenden.

Berechnet man die Nutzungsvergütung nach Minderungsgrundsätzen, so entfällt eine Vergütung bei objektiver Wertlosigkeit des mangelhaften Werkes³⁾.

Der Anwendungsbereich der neuen Vorschrift scheint erheblich zu sein; der Regierungsentwurf⁴⁾ führt als

1) Bartl, Die Information Nr. 13-14/1979, 321, (325).

2) Leonardy, DRiZ 1978, 267, (269).

3) Peters, JR 1979, 265, (268).

4) Regierungsentwurf, BT Dr. 8/786, S. 29 zu § 17 III des Entwurfs.

Beispiel die Fälle auf, in denen die Beförderungsleistung oder die Betreuung durch den örtlichen Reiseleiter mangelfrei war, wegen der Kündigung des Vertrages für den Reisenden als Einzelleistung jedoch keinen Wert hatte.

bb) nach Rücktrittsrecht, § 346 S. 2 BGB

Bestimmt man die Nutzungsvergütung nach Minderungsregeln (§ 472 BGB), so ist als objektiver Wert der mangelfreien Teilleistung der Betrag in Ansatz zu bringen, den man gemeinhin für eine solche Leistung zu zahlen hätte. Der Reisende hätte danach z.B. den gemeinen Wert der Flugkosten zu tragen (zur Vereinfachung wird unterstellt, der vereinbarte Reisepreis entspräche dem Marktpreis), obwohl er wegen erheblicher Mängel der Unterkunft nach zwei Tagen den Vertrag gewandelt hat und die Reise für ihn völlig wertlos war.

Dieses unbefriedigende Ergebnis resultiert daraus, daß der Verkehrswert einer mangelfreien Teilleistung in die Minderungsberechnung einbezogen wird, die für den Reisenden als Teilleistung nicht nutzbar und damit wertlos ist.

In Literatur und Rechtsprechung ist die starre Methode der Ermittlung des objektiven Minderwertverhältnisses schon seit langem durch subjektive Kriterien durchbrochen. Auch außerhalb des Reiserechts wird vertreten, der Vergütungsanspruch nach § 346 S. 2 BGB entfalle, wenn das Werk für den Besteller nutzlos sei¹⁾. Die Rechtsprechung hat im Rahmen der Minderung entschieden, der Minderwert einer Reise reduziere sich

1) Soergel, MK, § 634 Rdnr. 24; v. Staudinger-Riedel, § 634 Rdnr. 10 a; Oertmann, Recht 1920, 153, (159).

auf "Null", wenn infolge mangelhafter Einzelleistungen der Urlaubswert der gesamten Reise entfiel¹⁾.

Bei Verträgen über die Herstellung unkörperlicher Werke wie einer Pauschalreise unterscheidet sich die Vermögenslage des wandlungsberechtigten Reisenden von der des werkvertragstypischen Bestellers hinsichtlich der erhaltenen mangelfreien Teilleistung in einigen Punkten, so daß - jedenfalls in dem hier umrissenen Geltungsbereich - auf die subjektive Wertlosigkeit abgestellt werden sollte.

Hat ein Kunde ein körperliches oder körperlich realisierbares Werk in Auftrag gegeben, welches nach Wandlung aus der Natur der Leistung nicht zurückgewährt werden kann (z.B. Bauwerke auf dem Grundstück des Bestellers), so verbleibt ihm auch bei Wandlung das mangelhafte Werk gegen Zahlung einer Nutzungsvergütung; der Vollzug der Wandlung entspricht der Minderung²⁾. Selbst wenn der Besteller kein Interesse an dem mangelhaften Werk besitzt, so verbleibt ihm doch der objektive Wert des Werkes, den er - wenn auch mit Verlust - durch Veräußerung realisieren kann.

Dem Reisenden verbleibt der mangelfreie Teil der Reiseleistung infolge "Verbrauchs" hingegen nicht, die einzelne fehlerfreie Reiseleistung ist auch nicht durch Veräußerung zu verwerten.

Diese Differenz in der Vermögenslage zwischen vertragstypischem Werkbesteller und Reisendem schließt eine Bemessung des Nutzungsentgelts nach identischen

1) OLG Hamm, NJW 1975, 123; LG Frankfurt, Urteil v. 5.12.1977 - 2/24 S. 222/77, zitiert bei Bartl, NJW 1978, 729, (730, Fußn. 25); zustimmend Bartl, a.a.O., S. 732.

2) Soergel, MK, § 634 Rdnr. 24.

Berechnungsmaßstäben aus. Es ist deshalb gerechtfertigt, bei Wandlung eines Reisevertrages eine Nutzungsvergütung entfallen zu lassen, wenn die mangelfreie Teilleistung zwar einen objektiven Wert besitzt, für den Reisenden aber wertlos ist.

Dieses Ergebnis steht in Übereinstimmung mit den von der Rechtsprechung zur Minderung entwickelten Grundsätzen¹⁾. Die Regelung des § 651 e III 3 BGB entspricht bisher geltendem Recht.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend bleibt folgendes festzuhalten:

Nach erfolgter Kündigung bemißt sich ein Rückzahlungsanspruch des Reisenden auf den vorausbezahlten Reisepreis nach Bereicherungsrecht, der Veranstalter kann sich bei Vorliegen der Voraussetzungen - z.B. mangelnde Regreßmöglichkeit gegen im voraus entlohnte Leistungsträger - gemäß § 818 III BGB auf Entreichnung berufen. Unter Geltung von Werkvertragsrecht (§§ 634 IV, 467, 346 BGB) war der Einwand der Entreichnung ausgeschlossen. Diese Rechtsänderung beeinträchtigt den Rechtsschutz des Reisenden erheblich.

Eine sachliche Rechtfertigung dieser Benachteiligung ist nicht gegeben, insbesondere ist sie nicht damit zu begründen, der Veranstalter sähe sich aufgrund häufig unzureichender Auswahl- und Überwachungsmöglichkeiten seiner Leistungsträger einem erhöhten Rückgriffsrisiko gegenüber. Von den beiden Vertragspartnern ist der Reiseveranstalter der einzige, dem überhaupt eine gewisse Kontroll- und Einflußmöglichkeit auf seine Leistungsträger zukommt.

1) s.o.S. 85 Fußn. 1.

Durch die übliche Vorauszahlung des Reisepreises verliert der Reisende im Vertrauen auf eine sorgfältige Arbeitsweise des Veranstalters die Dispositionsmöglichkeit über seine Gegenleistung, ohne auf die Verwendung Einfluß zu haben. Die Verlagerung des Regreßrisikos belastet einseitig den Reisenden, ohne eine Interessenabwägung der Vertragsparteien erkennen zu lassen.

Die Entschädigungsregelung des § 651 e III 2 BGB entspricht § 346 S. 2 BGB, wonach die Nutzungsvergütung vorrangig an Hand des vertraglich bestimmten Entgelts in gleicher Weise wie die Minderung zu ermitteln ist. Der Wegfall des Entschädigungsanspruchs nach Satz 3 wegen Interessenwegfalls entspricht bisher geltendem Recht.

V. Restpflichten nach Vertragsauflösung

1. nach Reisevertragsrecht, § 651 e IV BGB

Die Kodifizierung der nach Vertragsaufhebung fortbestehenden Restpflichten des Reiseveranstalters (Rückbeförderung, Weitergewährung von Unterkunft und Verpflegung bis zum nächstmöglichen Rückreisetermin etc.) wird in der Literatur einhellig begrüßt¹⁾, sogar die Minderheit des Rechtsausschusses hielt die Rückbeförderungspflicht des Reiseveranstalters für regelungsbedürftig²⁾. Eine vergleichbare Regelung enthält das Werkvertragsrecht nicht, Bartl spricht von einer "Lücke" im Wandlungsrecht³⁾.

1) Bartl, NJW 1979, 1384, (1387); Tonner, Reisevertrag, § 651 e RdNr. 21; Leonardy, DRiZ 1978, 267, (269).

2) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 10.

3) Bartl, a.a.O.

2. Konstruktive Erfassung der Rückbeförderungspflicht nach bisher geltendem Recht

- a) Gesichtspunkt der Rückabwicklung des Vertrages, Umkehrung der Leistungspflichten, § 640 I BGB analog

In der Literatur findet sich verschiedentlich die Meinung, der Hersteller eines mangelhaften Werkes sei bei Wandlung verpflichtet, das Werk wieder zurückzunehmen bzw. zu beseitigen¹⁾.

Die bei dem ursprünglichen Leistungsaustausch bestehende Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme des Werkes aus § 640 I BGB verkehre sich in eine entsprechende Verpflichtung des Unternehmers zur Rücknahme des mangelhaften Werkes²⁾.

Übertragen auf die Erstellung eines unkörperlichen Werkes wie einer Pauschalreise bedeutete dies, daß der Reiseveranstalter zur Beseitigung seines mangelhaften Leistwerks "Reise" verpflichtet wäre, er hätte den Zustand wiederherzustellen, der ohne sein fehlerhaftes Werk bestanden hätte. Gehörte die Beförderungsleistung zu seinen Leistungspflichten, so hätte er den Reisenden zurückzubefördern.

Diese Ansicht ist sehr umstritten³⁾, sie braucht hier nicht näher erörtert zu werden, denn sie ist am

1) v.Staudinger-Riedel, § 634 Rdnr. 10; Westermann, MK, § 467 Fußn. 26; Kornmeier, NJW 1978, 2035; Soergel-Erdsiek-Mühl, § 634 Rdnr. 7 (9. Aufl.) fordert zusätzlich ein besonderes Interesse. Zur Rücknahmepflicht des Verkäufers vgl. Erman-Weitnauer, § 467 Rdnr. 9; v.Staudinger-Honsell, § 467 Rdnr. 25; Westermann, MK, § 467 Rdnr. 10; Mezger, RGRK, § 467 Rdnr. 2 und Soergel-Ballerstedt, § 467 Rdnr. 3 fordern zusätzlich ein besonderes Interesse.

2) Kornmeier, a.a.O.; auch das Reichsgericht gewährte einen Rücknahmeanspruch aus dem "Gesichtspunkt der Wandlung", RG Warn Rspr. 1910 Nr. 238.

3) dagegen Glanzmann, RGRK, § 634 Rdnr. 17; Palandt-Thomas, § 634 Anm. 3 a; Peters, JR 1979, 265, (269); Soergel-Mühl, § 634 Rdnr. 14; OLG Hamm, NJW 1978, 1060.

Leitbild eines abnahmefähigen Werkes konzipiert und versagt als Anspruchsgrundlage für eine Rückbeförderung, wenn der Besteller zuvor mangels Abnahmefähigkeit des Werkes (§ 640 I 2. Halbs. BGB) nicht zur Abnahme verpflichtet war. Durch die Umkehrung der ursprünglich bestehenden Leistungspflichten¹⁾ infolge Wandlung können den Unternehmer nur solche Pflichten treffen, die ursprünglich dem Besteller oblagen, neue Pflichten können auf diese Weise nicht begründet werden.

Mangels Abnahmefähigkeit der Pauschalreise war der Reisende niemals zur Abnahme - und damit zu einer tatsächlichen "Hinnahme" - verpflichtet, dem Reiseveranstalter ist es völlig gleichgültig, ob der Kunde die Reise tatsächlich angetreten hat.

b) § 1004 BGB analog

Peters²⁾ leitet einen Anspruch des Bestellers auf Befreiung von dem mangelhaft erstellten Werk aus § 1004 BGB ab. Seinen Lösungsweg entwickelt er jedoch an Hand des auf Herstellung eines körperlichen Werkes gerichteten Vertrages (Bauwerk auf dem Grundstück des Bestellers), so daß tatbestandlich eine Eigentumsverletzung vorliegt. Die Verweigerung der Rückbeförderung tangiert nicht die dem Schutzbereich des § 1004 BGB entspr. unterstellten "quasinegatorisch" geschützten Rechtsgüter des Reisenden, insbesondere kann er nach wie vor seinen Aufenthaltsort frei bestimmen und auch selbständig nach Hause zurückreisen; sein Freiheitsbereich, dessen Verletzung man allenfalls erwägen könnte, bleibt unberührt.

1) Kornmeier, a.a.O.

2) Peters, JR 1979, 265, (269 ff);
zustimmend Palandt-Thomas, § 634 Anm. 3 a.

c) Schadensersatz wegen Nichterfüllung, § 635 BGB

Literatur¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ gewähren dem Besteller einen Anspruch auf Beseitigung des mangelhaften Werkes als Schadensersatz wegen Nichterfüllung; im Reiserecht ergäbe sich über den Grundsatz der Naturalrestitution ein Anspruch des Reisenden auf Rückbeförderung.

Diese Auffassung steht allerdings im Widerspruch zu der allgemeinen Erkenntnis, daß Schadensersatz im Werkvertragsrecht abweichend vom Prinzip des § 249 S. 1 BGB regelmäßig nicht in Form der Naturalherstellung, sondern als Geldentschädigung zu leisten ist: Dem Besteller soll durch diese Beschränkung ein Unterlaufen des § 640 II BGB verwehrt werden; erhielte er über den Schadensersatzanspruch Naturalrestitution, so könnte er trotz Ausschlusses seiner Gewährleistungsrechte aus §§ 633, 634 BGB über den Umweg des Schadensersatzes Nachbesserung verlangen³⁾.

Diese Gefahr besteht jedoch nicht, wenn als Naturalherstellung nicht Nachbesserung, sondern eine andere als die vertragsmäßig geschuldete Leistung (z.B. Beseitigung) verlangt wird, eine Beschränkung des Schadensersatzes auf Geldentschädigung wäre in diesen Fällen nicht mehr durch ihr Ziel gedeckt⁴⁾.

Gegenüber einer solchen Rückbeförderungspflicht aus werkvertraglichem Schadensrecht bedeutet die ausdrückliche Normierung dieser Pflicht als eines vertragstypischen Gewährleistungsanspruchs wegen seiner Unabhängigkeit von einem schuldhaften Handeln des Veranstalters zweifellos eine Begünstigung des Reisenden.

1) Palandt-Thomas, a.a.O. und § 635 Anm. 3 b; Glanzmann, RGRK, § 634 Rdnr. 17 und § 635 Rdnr. 15; Schlechtriem, in: Jauernig, BGB, § 635 Anm. 3; Soergel, MK, § 635 Rdnr. 26; Beuthien, StudK, BGB, § 635 Anm. 4

2) RG Recht 1920, Nr. 381; OLG Hamm, NJW 1978, 1060.

3) BGHZ 61, 369, (372).

4) Schlechtriem, in: Jauernig, BGB, § 635 Anm. 3; Ganten, NJW 1978, 2593 (Anm. zu BGH NJW 1978, 1853); Pieper, JuS 1962, 459, (460); Peters, JZ 1977, 458, (462).

3. Angemessenheit der verschuldensunabhängigen Normierung der Restpflichten

Es bleibt zu untersuchen, ob vertragsspezifische Besonderheiten der Pauschalreise die verschuldensfreie Regelung der Restpflichten, insbesondere der Rückbeförderungspflicht rechtfertigen.

Im folgenden soll das Interesse der beiden Vergleichsgruppen - des Reisenden und des vertragstypischen Werkbestellers - an einer auf Beseitigung der Folgen des mangelhaften Werkes gerichteten Verpflichtung des Unternehmers gegenübergestellt werden.

a) Interessenlage des Reisenden

Durch Invollzugsetzen des Reisevertrages entfernt sich der Reisende von seiner Existenzbasis (seinem Heimatort), die er früher oder später wieder aufsuchen muß. Damit hat er zwangsläufig ein gesteigertes Bedürfnis nach "Beseitigung" des Vertragserfolges (Rückreise) als regelmäßige Folge der Kündigung. Gehörte die Beförderung zu den vom Veranstalter zu erbringenden Vertragsleistungen, so hat der Reisende im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung seitens des Veranstalters keine Vorkehrungen zur Sicherung seiner Rückreise getroffen. Eben diese Befreiung von dem mangelhaften Restwerk ist aber mit finanziellen und organisatorischen Aufwendungen verbunden, die billigerweise derjenige zu tragen hat, aus dessen Leistungsbereich letztlich die Ursache der Vertragslösung stammt, also der Reiseveranstalter. Das Interesse des Reisekunden richtet sich daher auf Organisation der Rückbeförderung durch den Unternehmer.

b) Interessenlage des Werkbestellers

Im Werkvertragsrecht ist das Bedürfnis nach einer Rücknahmepflicht seitens des Unternehmers ungleich geringer:

Bei Anfertigung körperlich übergabefähiger Werke wird

der Besteller häufig bei Abnahme den Mangel erkennen und die Übernahme des Werkes verweigern, so daß eine Rücknahme von vornherein nicht in Betracht kommt. Mangelhafte körperliche Werke besitzen möglicherweise einen Restwert, um dessentwillen der Unternehmer sich freiwillig zur Rücknahme bereiterklärt.

In den Fällen mangelhafter Herstellung von Bauwerken hat der Besteller vielfach ein Interesse an Beseitigung, diesen Eigentumsbeeinträchtigungen wird durch eine entsprechende Anwendung der verschuldensunabhängigen Vorschrift des § 1004 BGB¹⁾ Rechnung getragen. Die Fallgruppe der Verträge über die Herstellung unkörperlicher Werke (ausgenommen Reisevertrag) ist dadurch gekennzeichnet, daß mangels körperlicher Gegenständlichkeit in der Regel kein beseitigungsfähiges Restwerk verbleibt (z.B. Theateraufführung, Konzert etc.).

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend bleibt folgendes festzustellen:

War die Beförderungsleistung ein Teil der vom Veranstalter geschuldeten Vertragsleistung, so besitzt der Reisende nach Auflösung des Vertrages ein erhöhtes Interesse an Rückbeförderung, also an einer "Beseitigung" der Folgen des mangelhaften Werkes im Vergleich mit dem vertragstypischen Werkbesteller.

In den Fällen, in denen auch der Werkbesteller üblicherweise ein Interesse an Beseitigung des Restwerks hat (Bauwerke auf seinem Boden), steht ihm ein verschuldensunabhängiger Beseitigungsanspruch (§ 1004 BGB entspr.) zu.

Das gesteigerte Bedürfnis nach Rückbeförderung ist die regelmäßige Folge der Kündigung, also einer Leistungsstörung aus der unternehmerischen Haftungssphäre,

1) siehe die Ausführungen von Peters, JR 1979, 265.

für die der Reiseveranstalter als Verursacher ohne Rücksicht auf sein Verschulden eintreten sollte. Die verschuldensfreie Regelung des § 651 e IV BGB beruht insgesamt auf sachgerechten Erwägungen.

§ 8 Das Schadensersatzrecht

Das reisevertragliche Schadensrecht zeigt exemplarisch, wie legislativer Aktionismus zwangsläufig zur Konfusion in der Rechtswissenschaft führt.

Dabei erscheint der Anlaß für die Novellierung des reisevertraglichen Ersatzanspruchs geradezu banal: Der Rechtsausschuß wollte dem Reisenden die kumulative Geltendmachung von Schadensersatz und Minderung oder Kündigung ermöglichen (§ 651 f I BGB), und außerdem einen "wichtigen Grundsatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung festschreiben"¹⁾ (Abs. 2).

Zutreffend bemerkt der Rechtsausschuß allerdings, daß für die Kumulierung von Minderung und Schadensersatz ohnehin keine Notwendigkeit besteht, da der Minderwert einer Reise über den Ersatzanspruch liquidiert werden kann²⁾. Inwieweit überhaupt noch ein Bedürfnis nach gleichzeitiger Ausübung von Kündigung und Schadensersatzrecht verbleibt, ob insbesondere nicht schon das bisher geltende Recht eine parallele Inanspruchnahme der Wandlungsfolgen und des Ersatzanspruchs gestattet, wird weiter unten zu prüfen sein. Der Bericht des Rechtsausschusses läßt Überlegungen hierzu jedenfalls vermissen. Offen bleibt schließlich auch die Frage, welchen verbraucherschützenden Beitrag man sich von der Festschreibung einer bereits gefestigten

1) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 10 f.

2) Rechtsausschuß, a.a.O., S. 10.

Rechtsprechung verspricht¹⁾.

Sofern nun der reisevertragliche Ersatzanspruch von seinem werkvertraglichen Vorbild abweicht, herrscht denn auch als Folge einer nachlässigen Gesetzgebungsarbeit geschlossene Uneinigkeit bezüglich des Tatbestandes wie der Rechtsfolgen²⁾, und damit über den konsumentenschützenden Effekt dieser Vorschrift überhaupt.

I. Mängelanzeige, Fristsetzung und Ablehnungsandrohung

1. als ungeschriebene Anspruchsvoraussetzungen im werkvertraglichen Schadensrecht

Im Rahmen des § 635 BGB entspricht es beinahe allgemeiner Ansicht³⁾, zur Geltendmachung von Schadensersatz bedürfe es aller Voraussetzungen des Wandlungs- und Minderungsrechts; insbesondere müsse dem Unternehmer zuvor eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung erfolglos gesetzt worden sein.

Diese Auffassung wird gemeinhin mit dem Wortlaut der Vorschrift begründet: Wenn der Besteller "statt" Wandlung oder Minderung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne, so handele es sich hierbei um eine kurzgefaßte Verweisung auf die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 634 BGB.

1) kritisch Bartl, Ständig neue Gesetze zum Schutz des Verbrauchers ?, Materialien zur Tagungs- und Seminararbeit der Politischen Akademie Eichholz, 1976, S. 36, (37 f).

2) kritisch hierzu auch Erman-Seiler, Vor § 651 a Rdnr. 8.

3) Palandt-Thomas, § 635 Anm. 2 a; v. Staudinger-Riedel, § 635 Rdnr. 5; Erman-Seiler, § 635 Rdnr. 3; Beuthien, in: StudK, BGB, § 635 Anm. 2 b; Schlechtriem, in: Jauernig, BGB, § 635 Anm. 1; Soergel-Mühl, § 635 Rdnr. 1; Planck, § 635 Anm. 2 a; Glanzmann, RGRK, § 635 Rdnr. 1; ebenso RGZ 56, 81 ff; BGHZ 26, 337, (339); 27, 215, (218); a.A. Peters, JZ 1977, 458 ff; neuerdings auch BGH DB 1980, 1740.

2. im reisevertraglichen Schadensrecht

Die Voraussetzungen von Minderung und Kündigung, Mängelanzeige bzw. Fristsetzung, sind äußerst umstritten.

Würde man die Frage hier abweichend von der werkvertraglichen Regelung entscheiden, so hätte dies dieselbe kundenfreundliche Folge, welche dem Wegfall anspruchsbegründender Tatbestandselemente allgemein zukommt: Gerade dem juristisch nicht vorgebildeten Reisenden würde die Ausübung seiner Rechte erleichtert.

Teilweise wird der Begriff "unbeschadet" in § 651 f I BGB auf die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 651 d, e BGB bezogen mit der Folgerung, der Ersatzanspruch bestehe unabhängig von den Erfordernissen der Minderung und Kündigung¹⁾.

Auch wird auf die im Bericht des Rechtsausschusses erwähnte Anlehnung an das Mietrecht zurückgegriffen; ebenso wie der mietrechtliche Ersatzanspruch existiere der reisevertragliche "unbeschadet" der Voraussetzungen vorhergehender Minderungsvorschriften²⁾.

Mühl³⁾ sieht in der Verwendung des Begriffs "unbeschadet" offensichtlich nur die Erlaubnis kumulativer Geltendmachung, Mängelanzeige und Nachfristsetzung seien Grundgedanken des Werkvertragsrechts, denen auch hier Bedeutung zukäme.

Eine weitere Ansicht hält zumindest eine Mängelanzeige - anscheinend unter Schadensminderungsaspekten - für erforderlich⁴⁾.

1) Teichmann, JZ 1979, 737, (742); ders., in: Jauernig, BGB, § 651 f Anm. 2 c; Löwe, BB 1979, 1357, (1364); ders., in: MK, § 651 f Rdnr. 13; Palandt-Thomas, § 651 f Anm. 2 c; Bendref, JR 1980, 359, (360); ebenso Bartl, Reiserecht, Rdnr. 84 unter Aufgabe seiner früheren Ansicht in NJW 1979, 1384, (1387 f).

2) Teichmann, JZ a.a.O.; Bartl, Reiserecht, a.a.O.

3) Soergel-Mühl, § 651 f Rdnr. 2; ebenso Bidinger, Pers.bef.R I, § 651 f Anm. 1.

4) Brox, JA 1979, 493, (496); Beuthien, StudK, BGB, § 651 f Anm. 1; Tonner, Reisevertrag, § 651 f. Rdnr. 6.

Für einen Vergleich der Rechtsstellung des Reisenden unter Geltung von Reise- und Werkvertragsrecht kann letztlich dahingestellt bleiben, ob man der herrschenden Auffassung folgend die Anspruchsvoraussetzungen des § 634 BGB in den Schadensersatz nach § 635 BGB einbezieht. Die systematische Einordnung des Reisevertrags in das BGB als einen dem Werkvertrag ähnlichen Vertrag (Überschrift vor § 631 BGB) wie auch die rechtstechnisch identische Ausgestaltung der Schadensersatznormen¹⁾ legt eine Gleichbehandlung der Rechtsvoraussetzungen nahe.

Hiervon abweichend kann eine Ausweitung des Kundenschutzes allenfalls dann bejaht werden, wenn man dem Gesetzgeber bei Verwendung des Begriffs "unbeschadet" in § 651 f I BGB einen Verzicht auf den Tatbestand der vorhergehenden §§ 651 d und e BGB²⁾ unterstellte.

Dies ist aus methodischen Gründen nicht zulässig. Die Stellung des Begriffs "unbeschadet" im letzten, die Rechtsfolgen der Vorschrift regelnden Halbsatz läßt keinen Zweifel daran, daß diesem Begriff ausschließliche Bedeutung bei der Normierung der Rechtsfolgen zukommt, jeder Rückschluß auf die Tatbestandsvoraussetzungen ist verfehlt³⁾.

-
- 1) Für die dogmatische Einordnung des Anspruchs ist die Erläuterung des Rechtsausschusses, Schadensersatz könne "wie beim Mietvertrag, § 538 I BGB, neben Minderung und Kündigung geltend gemacht werden", (BT Dr. 8/2343, S. 10), völlig bedeutungslos. Dieser Hinweis zeigt lediglich beispielhaft eine weitere Möglichkeit gesetzlich erlaubter Kumulierung von Rechten auf, ohne die systematische Verankerung des Reisevertrags im Werkvertragsrecht anzutasten.
 - 2) so Teichmann, Löwe, Palandt-Thomas und Bartl, a.a.O.
 - 3) so auch Peters, JZ 1977, 458, (461) zum werkvertraglichen Schadensrecht, § 635 BGB; vgl. auch die Änderung des § 538 BGB durch das 2. MietRÄndG v. 1964, die Substitution des Begriffs "statt" durch "unbeschadet" sollte lediglich die bis dahin streitige Rechtslage bezüglich der Kumulierung von Gewährleistungsrechten, also die Rechtsfolgen klären; BR Dr. 303/62, S. 8.

Offensichtlich hatte der Gesetzgeber auch nicht die Absicht, das reisevertragliche Schadensrecht abweichend von den in Literatur und Rechtsprechung beinahe allgemein anerkannten ungeschriebenen Anspruchsvoraussetzungen seines werkvertraglichen Vorbilds, des § 635 BGB, zu regeln. Der Bericht des Rechtsausschusses¹⁾ erwähnt als verbraucherfreundliche Novität des § 651 f I BGB lediglich die Möglichkeit der Kumulierung von Gewährleistungsrechten. Hätte man auch eine Vereinfachung der Tatbestandserfordernisse erzielen wollen, so hätte der Rechtsausschuß diese Tatsache zweifellos als einen wesentlichen Beitrag zum Verbraucherschutz hervorgehoben.

Schließlich ist es wenig einleuchtend, weshalb die Gründe, die von der herrschenden Ansicht und Rechtsprechung für eine dem werkvertraglichen Schadenserstattungsbegehren vorangehende Fristsetzung angeführt werden (insb. Erreichung des primär geschuldeten Vertragsziels²⁾, Vermeidung schikanöser Ausübung von Gewährleistungsrechten), im Reiserecht keine Geltung haben sollten³⁾.

Es fehlt jede sachliche Begründung dafür, weshalb die Erlaubnis zur Kumulierung der Gewährleistungsrechte automatisch einen teilweisen Wegfall der Anspruchsvoraussetzungen nach sich ziehen sollte.

Insofern ist es nur konsequent, in Mängelanzeige und Fristsetzung allgemeine Grundzüge des Werkvertragsrechts zu sehen, die auch auf dem dogmatisch eng verwandten Gebiet des Reisevertragsrechts gelten müssen. Die Rechtsstellung des Reisenden bleibt durch die Neuregelung insoweit unberührt.

1) Rechtsausschuß, BT, a.a.O.

2) RGZ 56, 81, (82).

3) so auch Soergel-Mühl, § 651 f Rdnr. 2.

II. "vertane Urlaubszeit"

1. als ersatzfähiger Schaden nach bisher geltendem Recht

Vor Inkrafttreten des Reisevertragsgesetzes gehörte die Frage der Ersatzfähigkeit von nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit zu den umstrittensten Rechtsproblemen der Tourismusgewerbes. Kernpunkt dieses Streits bildete die Beantwortung der Frage, ob die infolge einer mangelhaften Reiseleistung entwertete arbeitsfreie (Urlaubs-)Zeit einen im Rahmen vertraglicher Haftung ersatzfähigen Vermögensschaden darstelle¹⁾. Das Reisevertragsgesetz definiert in Fortschreibung der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit BGHZ 63, 98 expressis verbis nutzlos aufgewendete Urlaubszeit als erstattungsfähigen Schaden (§ 651 f II BGB), nach neuem Recht ist der Streit damit entschieden.

a) Rechtsprechung des BGH zu § 635 BGB

Die Anerkennung "vertaner Urlaubszeit" als materieller Schaden durch den BGH²⁾ vereinheitlichte zwar in der Folgezeit die bis dahin abweichende Rechtsprechung, in der Literatur, die hierin eine Aushöhlung des Verbots der Abgeltung immaterieller Schäden im Rahmen des Vertragsrechts sah (§ 253 BGB)³⁾, stieß die Entscheidung auf Widerstand.

1) aus der umfangreichen Rechtsprechung und Literatur ablehnend:

KG NJW 1972, 769; OLG Hamm DB 1973, 2296, (2297); OLG Düsseldorf NJW 1974, 150; Grunsky, JZ 1973, 425 ff; ders., in: NJW 1975, 609 ff; Heldrich, NJW 1967, 1737 ff; Honsell, JuS 1976, 222 ff; Landwehrmann, NJW 1970, 1867 ff; ders., in: NJW 1972, 1204; Larenz, SchuldR, AT, § 29 II d; Schulte, Schadensersatz in Geld für Entbehrungen, S. 73 ff; Stoll, JZ 1975, 252 ff.

bejahend:

KG OLGZ 69, 17 ff; NJW 1970, 474; MDR 1971, 1007 f; OLG Bremen VersR 1969, 929; OLG Frankfurt NJW 1967, 1372 f; 1973, 470, (473); OLG Köln NJW 1973, 1083, (1085); 1974, 561; BGHZ 63, 98 ff; Bartl, NJW 1972, 505, (511); Mamney, NJW 1969, 1150 ff.

2) BGHZ 63, 98 ff.

3) Literaturangaben siehe Fußn. 1

Teilweise hielt man lediglich die Ausweitung des Vermögensbegriffs für verfehlt und suchte nach einer geeigneteren konstruktiven Erfassung der Ersatzpflicht¹⁾, teilweise sah man in der ratio legis des § 253 BGB das erstrebenswerte Ziel, die Erstattungsfähigkeit weiterer immaterieller Schäden einzudämmen²⁾.

Der Rechtsausschuß des Bundestages war offensichtlich auch von der dogmatischen Konstruktion des BGH so sehr überzeugt, daß er sich zu einer "Festschreibung" dieser Rechtsprechung im Rahmen des reisevertraglichen Schadensrechts entschied³⁾.

Für eine Beurteilung der Rechtsstellung des Reisenden nach bisher geltendem Recht ist es erforderlich, die Entscheidung des BGH kurz darzustellen und auf ihre Tragfähigkeit zu überprüfen.

Dem Urteil lag ein Fall zugrunde, in dem der Kläger, ein Kleiderfabrikant, bei einem Reiseunternehmen für sich und seine Familie eine vierzehntägige Pauschalflugreise an die rumänische Schwarzmeerküste gebucht hatte. Aufgrund umfangreicher Mängel verlangte er von dem beklagten Reiseunternehmen im Wege des Schadensersatzes Zahlung von 60 % der entrichteten Vergütung sowie eine Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit in Höhe von 60 % des Betrages, den er für einen Vertreter in seiner Kleiderfabrik hätte aufwenden müssen, wenn er die Urlaubsreise wiederholt hätte.

Der BGH billigte dem Urlaub Vermögenswert zu. Dies gelte jedenfalls für Erholungsurlaub, der der Erhaltung der Arbeitskraft diene, falls er durch Arbeitsleistung verdient oder - bei selbständiger oder frei-

1) z.B. Landwehrmann, a.a.O.; Stoll, a.a.O.

2) z.B. Heldrich, a.a.O. zu OLG Frankfurt, NJW 1967, 1372 ff; Honsell, a.a.O.

3) vgl. Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 11.

beruflicher Tätigkeit - durch besondere Aufwendungen für eine Ersatzkraft ermöglicht werde.

Der Vermögensbegriff des BGH basiert auf dem Kommerzialisierungsgedanken, wonach einem Lebensgut Vermögenscharakter zukommt, wenn es im Verkehr "kommerzialisiert" ist, also durch Vermögensaufwendungen erworben werden kann.

Unabhängig von der arbeitsrechtlichen Qualifizierung des Urlaubsanspruchs werde der Jahresurlaub des Arbeitnehmers durch seine Arbeitsleistung mitverdient und damit im übertragenen Sinne erkaufte.

Entsprechendes gelte für den freiberuflich Tätigen oder den selbständigen Gewerbetreibenden, der durch seine Abwesenheit finanzielle Einbußen erleide oder vorsorglich eine Ersatzkraft einstellen müsse.

In beiden Fällen werde der Urlaub erkaufte im Sinne des Kommerzialisierungsgedankens, er stelle mithin ein vermögenswertes Gut dar.

Wenn nun der Betroffene wegen mangelhafter Reiseleistung seine Urlaubszeit nicht ihrer Zweckbestimmung entsprechend nutzen könne, obwohl er den Willen und die Möglichkeit dazu habe, so läge ein Vermögensschaden vor.

An dieser Stelle trifft der BGH eine Unterscheidung zur Beeinträchtigung der allgemeinen Verfügungsfreiheit, die keinen ersatzfähigen Schaden darstelle. Werde etwa wie im "Jagdpächterfall"¹⁾ durch eine unfallbedingte Körperverletzung die Ausübung eines Pachtrechts vereitelt, so werde dieses Recht nicht unmittelbar verletzt, es könne durch Dritte ausgeübt werden; die Einschränkung der allgemeinen Handlungs- und Verfügungsfreiheit begründe lediglich einen immateriellen Schaden.

1) BGHZ 55, 146.

Im Gegensatz dazu sei die an den jeweiligen Berechtigten gebundene Urlaubszeit mit ihrer Zweckentfremdung unwiederbringlich vertan und damit in ihrem Kern , beeinträchtigt.

Abschließend versucht der BGH einige Argumente zu entkräften, die schon bisher gegen die Qualifizierung der Urlaubszeit als Vermögenswert angeführt wurden. So bereite auch die Schadensbemessung keine größeren Schwierigkeiten, als Richtgröße diene der Aufwand, den die Beschaffung zusätzlichen Urlaubs erfordere, also jeweils der Verdienstausfall des Arbeitnehmers oder freiberuflich Tätigen.

Ebensowenig drohe die so oft beschworene Ausuferung der Schadenshaftung, da nicht schon jede geringfügige Beeinträchtigung der Urlaubsgestaltung zum Ersatz verpflichte. Beispielfhaft werden einige Fälle aufgezählt, die nur zu einer Minderung oder Schadensersatzverpflichtung in Höhe des Wertunterschiedes führen und wiederum beispielhaft wird der Urlaubszeit die Erstattungsfähigkeit für den Fall zugebilligt, daß infolge schwerwiegender Mängel der mit dem Urlaub verfolgte Zweck in "erheblichem Umfang" nicht erreicht werde.

b) Kritik der Entscheidung BGHZ 63, 98

Es ist nicht die Aufgabe dieser Untersuchung, die damalige lebhaftete Diskussion um diese Entscheidung erneut zu entfachen; angesichts der gesetzlichen Fixierung der Erstattungsfähigkeit nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit in § 651 f II BGB wäre dies ohnehin obsolet. Eine Beurteilung der Rechtsstellung des Reisenden unter Geltung von Werkvertragsrecht bliebe jedoch ohne eine Würdigung dieser Entscheidung unvollkommen. Im folgenden soll daher lediglich der umstrittenste Punkt in der Argumentation des BGH, der Vermögensbegriff, aufgegriffen und erörtert werden.

Im Ausgangspunkt scheint der BGH keine klaren Vorstel-

lungen von dem als vermögenswert zu qualifizierenden Gegenstand zu haben. Ziel der Erörterung sei die Feststellung, ob "die als Urlaub gestaltete Freizeit, also der Urlaub als solcher"¹⁾ vermögenswert habe. Dieser Begriff läßt schon vermissen, ob er lediglich die arbeitsfreie Zeit i.S.d. BUrlG enthält, oder auch schon besondere Tätigkeiten und Aufwendungen zur Erreichung eines Erholungserfolges beinhaltet. Zur Abgrenzung gegenüber der bloßen Beeinträchtigung der allgemeinen Verfügungsfreiheit stellt der BGH schließlich auf die "zweckentsprechende Ausnutzung der Urlaubszeit"²⁾, also auf die reine Nutzungsmöglichkeit ab.

Die gesamte Begründung der Entscheidung krankt denn auch an der unterlassenen Differenzierung des Urlaubsbegriffs.

Stellt man zunächst einmal die vorrangige Frage nach dem Objekt des Schadens, so ist die vom BGH gestiftete Begriffsverwirrung schnell behoben.

Der Schaden besteht ausschließlich darin, daß der Reisende seine Freizeit nicht in der beabsichtigten Weise verbringen konnte, beeinträchtigt ist der Freizeitwert³⁾ als Nutzungsmöglichkeit. Der Urlaub als arbeitsfreie Zeit, den der BGH als erkaufte und kommerzialisiert darzustellen versucht, wird durch die mangelhafte Reiseleistung nicht berührt⁴⁾.

Die tatsächliche Fragestellung lautet daher, ob die Möglichkeit, seinen Urlaub in bestimmter Weise verbringen zu können, einen vermögenswert verkörpert.

Merkwürdigerweise hat der BGH diese Problematik in einer früheren Entscheidung⁵⁾ zutreffend herausgearbeitet und abweichend von dem vorliegenden Fall beantwortet:

1) BGHZ 63, 98, (100).

2) BGHZ a.a.O., S. 104.

3) Grunsky, NJW 1975, 609, (611); ders., in: MK, Vor § 249 Rdnr. 31.

4) Honsell, JuS 1976, 222; Stoll, JZ 1975, 252; Hansen, Normativer Schadensbegriff, S. 84.

5) BGHZ 60, 214, (216).

Ein Vermögensschaden sei nicht eingetreten, da der Reisende noch keine Aufwendungen zur Gestaltung seines Urlaubs getroffen hätte, die sich im nachhinein als nutzlos herausgestellt hätten. Lediglich durch die zerstörte Nutzungsmöglichkeit werde der "Urlaub als solcher" nicht tangiert¹⁾.

Selbst wenn man bereit ist, den bloßen Reisegenuß als durch die Arbeitstätigkeit erworbenes Gut²⁾ anzusehen, so erweist sich die These des BGH von der Kommerzialisierung des Zwischengliedes "Urlaub" (i.S.d. BUrlG) als nicht tragfähige Brücke zur Qualifizierung des Reisegenusses als Vermögenswert. Die Schwachstelle dieser Argumentation liegt darin, daß sich der BGH durch den Begriff des "Erkaufens" des Urlaubs - gezogen aus der Parallele zum Nutzungsentgang bei Kfz.-Unfällen - geradezu blenden läßt, wie Grunsky³⁾ zutreffend bemerkt.

In der Tat wird dieser Schlußfolgerung der Boden entzogen, wenn man die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers während des ganzen Jahres als von vornherein durch die Urlaubszeit beschränkt auffaßt.

Hieran ändert auch nichts der mehr betuernde als begründende Hinweis des BGH, der bezahlte Urlaub werde unbeschadet der Beurteilung des Urlaubsanspruchs aus arbeitsrechtlicher Sicht durch die Arbeitsleistung eben doch mitverdient und damit erkauf⁴⁾t.

Gerade die "Erkaufbarkeit" eines Lebensgutes im Verkehr bemißt sich danach, ob es handelbar ist, ob ein Markt für Güter dieser Art besteht, an dem es

1) BGHZ a.a.O.

2) der Reisegenuß ist sicherlich nicht allein durch die berufliche Tätigkeit (über das Zwischenglied - Jahresurlaub) erworben, vielmehr ist er das Produkt vielfältiger Faktoren, insbesondere auch der zum Zweck der Reise getroffenen Aufwendungen.

3) Grunsky, NJW 1975, 609, (610).

4) BGHZ 63, 98, (103).

wiederum zu Geld gemacht werden kann¹⁾.

All dies ist beim Urlaub nicht der Fall, der Arbeitnehmer kann sich wegen seines Urlaubsanspruchs nicht einmal nach Belieben vom Arbeitgeber in Geld abfinden lassen, der Urlaubsanspruch ist nicht abtretbar²⁾, vielmehr personenbezogen und individuell³⁾.

Der vom BGH aufgegriffene Kommerzialisierungsgedanke führt de facto zu einer Gleichstellung von finanziellen Aufwendungen und Aufwendungen jeglicher Art, z.B. auch den körperlichen Anstrengungen des Arbeitnehmers während des ganzen Jahres.

Mit diesem Schritt ist allerdings die Grenze zwischen materiellen und immateriellen Werten vollends verwischt, letztere gibt es schlechterdings nicht mehr⁴⁾. Schulte führt treffende Beispiele an:

Der Blick vom Gipfel eines Berges wäre nicht nur dann Vermögensgut, wenn er durch Erwerb einer Fahrkarte für die Seilbahn erkaufte worden wäre, sondern auch, wenn der Betroffene ihn sich durch einen mühsamen Aufstieg verschafft hätte; die Störung der Nachtruhe wäre nicht nur dann ein Vermögensschaden, wenn der Schlaf durch Einnahme einer zuvor entgeltlich erworbenen Tablette, sondern auch durch eine anstrengende Wanderung erkaufte worden wäre.

Spätestens an dieser Stelle dürfte klar werden, daß die vom BGH vertretene Kommerzialisierungsthese in dieser extensiven Auslegung kein taugliches Kriterium für eine Differenzierung von materiellen und immateriellen Werten mehr abgibt. Mag man auch die dem § 253 BGB zugrunde liegende rechtspolitische Wertung

1) ausführlich Küppers, Verdorbene Genüsse, S. 149; ders., in: VersR 1976, 604, (608).

2) Stoll, JZ 1975, 252, (253); TolK, Frustrierungsgedanke, S. 45.

3) Das entscheidende Kriterium nach Larenz, SchuldR, AT, § 29 I c: "Vermögensgut ist jedes Gut, das für Geld erhältlich und nicht streng an die Person gebunden ist."

4) so auch Schulte, Schadensersatz in Geld, S. 74 ff.

des Gesetzgebers heute nicht mehr teilen¹⁾, so läuft die Rechtsprechung des BGH auf eine völlige Aushöhlung des § 253 BGB hinaus, die in dieser uneingeschränkten Form als contra legem betrachtet werden muß.

Begreift man den Schaden des Reisenden nicht als nutzlos aufgewendete Urlaubszeit, sondern wie hier vorgeschlagen als zerstörte Nutzungsmöglichkeit und damit als entgangenen Urlaubsgenuß, so wird ein weiteres Argument gegen seine Qualifizierung als Vermögenswert offenkundig.

Das Gesetz unterstellt, jeder Vermögensschaden könne durch Geldzahlung voll kompensiert werden²⁾; damit setzt es zugleich die Meßbarkeit eines Vermögensschadens in Geldwert voraus.

1) Primär lagen dieser Regelung ethische Motive zugrunde: Man ging davon aus, es widerspreche den sittlichen Vorstellungen, immaterielle Lebensgüter mit Vermögensgütern auf eine Stufe zu stellen und einen ideellen Schaden in Geld aufzuwiegen (P I, 622).

Nur die moralisch unlauteren Elemente würden aus einer gegenteiligen Vorschrift Vorteil ziehen. "Gewinnsucht, Eigennutz und Begehrlichkeit würden gesteigert und aus unlauteren Motiven zahlreiche schikanöse Prozesse angestrengt werden." Diesen Überlegungen liegt aber auch die durchaus rationale und gerade heute aktuelle Befürchtung einer Ausuferung der Schadensersatzklagen zugrunde, denn die Zahl ideeller Rechtsgüter, die von dem Betroffenen als verletzt und ersatzwürdig betrachtet werden könnten, ist nicht überschaubar (zutreffend Larenz, SchuldR, AT, § 28 III).

Auch die Schwierigkeit, mangels objektiver Kriterien die Schadenshöhe festzustellen, wurde vorhergesehen (P I, 623).

Zu den dogmatischen und rechtspolitischen Grundlagen des § 253 BGB s. Kaufmann, AcP 162, 421 ff.

2) Larenz, SchuldR, AT, § 29 I c.

Der Reisegenuß als ausschließlich subjektive Empfindung ist einer Beurteilung an Hand objektiver Bewertungskriterien weitgehend entzogen¹⁾. Die unzumutbare Belästigung des einen wird von dem anderen möglicherweise überhaupt nicht wahrgenommen, das Gericht ist bei der Bewertung der geltend gemachten Beeinträchtigung überwiegend auf die glaubhafte Schilderung der Partei angewiesen. Die Problematik ist der des Affektionsinteresses vergleichbar, dessen Verletzung ebenfalls keinen erstattungsfähigen Schaden verursacht²⁾.

In der Tat kann man sich des Eindrucks nur schwer erwehren, der BGH habe das Schadensereignis in der nutzlosen Aufwendung von Urlaubstagen gesehen, um in dem Tagesverdienst des Betroffenen einen probaten Wertfaktor zum Zwecke der Ermittlung der Schadenshöhe zur Verfügung zu haben³⁾.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß dem Problemkreis "vertaner Urlaubszeit" über den Vermögensschadensbegriff nicht beizukommen ist⁴⁾.

-
- 1) Heldrich, NJW 1967, 1737, (1739); Lange, Schadensersatz, § 6 XIII 4 jeweils mit instruktiven Beispielen.
 - 2) Larenz, SchuldR, AT, § 29 I b m.w.N.
 - 3) so auch Stoll, JZ 1975, 252, (254); Honsell, JuS 1976, 222, (226).
 - 4) zustimmend in der Literatur Heldrich, NJW 1967, 1737; Honsell, JuS 1976, 222; Grunsky, NJW 1975, 609; Stoll, JZ 1975, 252; Tolk, Frustrierungsge-
danke, S. 121; Teichmann, in: Jauernig, BGB, Vor
§§ 249-253 III 6 b) bb); Erman-Sirp, § 249 Rdnr.
71; Landwehrmann, NJW 1970, 1867; Küppers, VersR
1976, 604, (608); Esser, SchuldR, AT, Bd. 2,
§ 32 I 2. 3.; Ellrich, Herstellungsanspruch
(Diss.), S. 17; Larenz, SchuldR, AT, § 29 I c und
II d; Lange, Schadensersatz, § 6 XIII 4; Diederichsen, Festschrift für Klingmüller, S. 80;
Schulte, Schadensersatz in Geld, S. 80 ff.

c) "immaterieller Vertragszweck" als Grundlage
der Haftung

Stoll¹⁾ entwickelte aus seiner Kritik am Vermögensbegriff des BGH die These, die Einbeziehung des immateriellen Interesses des Reisenden an ungetrübten Urlaubsfreuden in den Vertrag bewirke eine entsprechende Haftungspflicht des Veranstalters.

Die Nichtberücksichtigung immaterieller Gläubigerinteressen im Rahmen der Vertragshaftung sei angesichts der Fortentwicklung des Persönlichkeitsschutzes zumindest dann unerträglich, wenn es der spezielle Zweck der verletzten Vertragspflicht sei, gewisse Immaterialinteressen des Gläubigers zu fördern.

Gerade der Reisevertrag verfolge typischerweise das Ziel, dem Kunden immaterielle Lebensgüter (Reisegenuß) zu verschaffen. In diesem Falle gebiete der Vertrag bei "vernünftiger Auslegung und Ergänzung" eine der Eigenart der Störung entsprechende Entschädigung als Folge einer "erheblichen Störung jenes Interesses". Die Vereitelung oder erhebliche Beeinträchtigung dieses weitergehenden immateriellen Vertragszwecks werde nur dann angemessen sanktioniert, wenn den Schuldner die Vertragsverletzung regelmäßig teurer zu stehen komme als die bloße Rückzahlung des Entgelts. Die Höhe der für die entgangenen Urlaubsfreuden zu bemessenden Entschädigung richte sich danach, wie schwer die Vertragsverletzung den Reisenden treffe²⁾.

Ebenso sehen Larenz³⁾, Kötz⁴⁾, Küppers⁵⁾ und Strätz⁶⁾

1) Stoll, JZ 1975, 252, (255).

2) Stoll, a.a.O.

3) Larenz, SchuldR, AT, § 29 II d.

4) Kötz, Deliktsrecht, S. 224.

5) Küppers, Verdorbene Genüsse, S. 156.

6) Strätz, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.10.1974, (Rumänienreisefall), JR 1975, 334, (335).

die Rechtfertigung für eine Entschädigungspflicht des Veranstalters in dem auf Verschaffung von Urlaubsfreuden gerichteten Zweck des Reisevertrages.

d) Kritik an der Lehre vom "immateriellen Vertragszweck"

Begrüßenswert an dieser Argumentation ist die Kompromißlosigkeit, mit der sie sich von der Verfremdung des Vermögensschadensbegriffs abgewandt hat. Sowohl gegen die Zielsetzung, den Vertragsinhalt zu Lasten des Schuldners um einen den bloßen Leistungsaustausch übersteigenden immateriellen Vertragszweck zu erweitern, als auch gegen die methodische Ableitung der von Stoll gewünschten Haftungssanktion bestehen jedoch schwerwiegende Bedenken.

Schon die Bestimmung der veranstalterischen Leistungspflicht ist unzutreffend.

Zwar lassen sich ideelle Interessen eines Vertragspartners zweifellos durch Parteivereinbarung (z.B. Vertragsstrafe, § 339 BGB) absichern, im Rahmen der Privatautonomie (§ 305 BGB) bleibt es den Vertragsparteien grundsätzlich unbenommen, unter Ausschluß des § 253 BGB einen Ausgleich für immaterielle Schäden zu vereinbaren¹⁾. Soll jedoch ein solcher immaterieller Vertragszweck zum Inhalt des Vertrages erhoben werden, so müssen sowohl der Wille der Parteien, diese ideellen Interessen absichern zu wollen, als auch die getroffene Haftungssanktion eindeutig erkennbar sein.

Der Normalfall des alltäglichen, geschäftsmäßig organisierten Austauschvertrages läßt einen diesbezüglichen Bindungswillen der Parteien an ideelle Zweckvorstellungen gerade nicht erkennen, selbst wenn die mit dem Vertrag verfolgten Ziele naheliegend und von dem Vertragspartner tatsächlich erkannt wor-

1) Braschos, Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht, S. 46 m.w.N.

den sind¹⁾. Vielmehr erschöpfen sich die gegenseitigen Vertragspflichten der am Reisevertrag beteiligten Parteien in der Gewährung der Reiseleistungen gegen Entgelt; der Veranstalter schuldet keine Urlaubsfreude, durch die Bereitstellung der einzelnen Reiseleistungen eröffnet er dem Kunden lediglich die Möglichkeit, sich selbst Urlaubsgenuß zu verschaffen.

Ein über diesen bloßen Leistungsaustausch hinausgehender "Vertragszweck" ist bloßes Motiv zum Abschluß des Vertrages und nicht dessen Inhalt²⁾.

Eine beispielhafte Anwendung der These Stolls auf weitere Verträge, welche der Befriedigung immaterieller Interessen (speziell der Verschaffung von Genüssen) dienen, verdeutlicht ihre Unhaltbarkeit:

Der Gastwirt eines Speiserestaurants schuldet Schadensersatz wegen entgangener Essensfreude, wenn es dem Gast nicht geschmeckt hat; der Zirkusdirektor schuldet Schadensersatz wegen entgangener Lebensfreude, wenn die Veranstaltung infolge seines Verschuldens nicht weitergeführt werden kann; die gleiche Verpflichtung träfe den Eigentümer eines Kirmeskarussells.

Die Reihe der Beispiele könnte beliebig fortgesetzt werden, die Absurdität der oben dargestellten Auffassung dürfte indessen schon auf der Hand liegen.

Im täglichen Leben dient eine unübersehbare Vielzahl von Verträgen ausschließlich oder überwiegend der Verschaffung von Lebensfreude oder ähnlichen Genüssen. Die meisten dieser Verträge besitzen zwar nicht das wirtschaftliche Volumen eines Reisevertrages, das von Stoll aufgestellte Abgrenzungskriterium "immaterieller Ausrichtung" weisen sie allesamt auf.

1) Braschos, a.a.O., S. 167.

2) zutreffend E. Wolf, AT des BGB, § 8 E III a.

Eine Begrenzung auf einige wenige spezifische, die Immaterialinteressen des Gläubigers fördernde Verträge - wie sie Stoll vorgeschwebt haben mag - wäre rein willkürlich. Eine generelle Berücksichtigung der ideellen Lebensgüter des Gläubigers im Rahmen vertraglichen Schadensersatzrechts liefe der klaren - und noch immer gültigen - rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers in § 253 BGB zuwider.

Bei Stoll¹⁾, der sich als einziger um eine konstruktiv halbwegs einleuchtende Herleitung der Ersatzpflicht bemüht, zeigt sich schon sehr schnell, daß der Wunsch nach einem Verpflichtungstatbestand als Vater des Gedankens fungierte. Während ausführlich die Notwendigkeit einer Haftung zum Schutze der Immaterialinteressen des Reisenden erörtert wird, stellt er zur dogmatischen Begründung kurzerhand wahlweise die stillschweigende Vereinbarung einer angemessenen Vertragsstrafe oder die ergänzende Vertragsauslegung zur Verfügung. Diese Unsicherheit in der konstruktiven Erfassung ist denn auch nicht begründet.

Die Annahme einer konkludent getroffenen Strafabrede scheitert zweifellos an dem offensichtlich entgegenstehenden Willen des Veranstalters²⁾, jede andere Auffassung wäre eine an Fiktion grenzende Unterstellung (wie hoch wäre das "vereinbarte" Strafgeld?).

Zwangsläufig muß der Rettungsversuch Küppers³⁾ erfolglos bleiben. Es wendet ein, angesichts des in der heutigen Rechtsordnung grundsätzlich anerkannten

1) Stoll, a.a.O.

2) Tolk, Frustrierungsgedanke, S. 90; Honsell, JuS 1976, 222, (228); s. auch Braschos, Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht, S. 120; BGH NJW 1980, 1947, (1948).

3) Küppers, Verdorbene Genüsse, S. 156.

besonderen Wertes von Persönlichkeitsgütern könne es nicht angehen, sich in einem Vertrag, der sich mit der Wahrung und Ausgestaltung eines Persönlichkeitsgutes befasse, auf einen Verzicht der als angemessenen empfundenen Haftungssanktion zu berufen.

Läßt man einmal die Tatsache beiseite, daß hier mit Hilfe höchst unbestimmter Postulate eine Rechtsfolge herbeigeredet werden soll, geht die Argumentation am Kern des Problems vorbei.

In Frage steht hier nicht die Wirksamkeit eines irgendwie gearteten Verzichts auf eine im Vertrag bereits enthaltene Haftungsregelung, vielmehr ist mangels kongruenter Willenserklärungen eine solche Vereinbarung mit Strafcharakter nicht Vertragsinhalt geworden¹⁾.

Nimmt man Stolls²⁾ Anregung zu "vernünftiger Auslegung und Ergänzung" ernst, so erweist sich auch dieser Vorschlag rasch als untauglicher Versuch, dem Vertrag einen Inhalt zu oktroyieren, der ihm nicht zukommt. Weder ist dieses Institut - aus rechtstechnischen Gründen - hier überhaupt anwendbar, noch läßt sich nach den herkömmlichen Regeln seiner Methode das von Stoll verfolgte Ziel erreichen:

Sinn der ergänzenden Vertragsauslegung ist die Sicherung des Vertragszwecks im Rahmen unvollständig gebliebener Vereinbarungen, wobei die aufzufindende Regelung durch den Vertragszweck gefordert sein muß³⁾. Im Pauschal Tourismus kann man die Erreichung von Urlaubsgenuß durchaus als Vertragszweck⁴⁾ im obigen Sinne auffassen, ebenso wenig wie bei sonstigen

1) demselben Irrtum unterliegt Strätz, JR 1975, 334, (335).

2) Stoll, a.a.O.

3) Larenz, NJW 1963, 737, (739).

4) zur rechtlichen Qualifizierung des "Vertragszwecks" s.o. S. 109.

Rechtsgeschäften ist jedoch die Vereinbarung einer Ersatzpflicht für den Fall der Nichterreichung des Vertragszwecks zur Sicherung desselben notwendig. Anderenfalls unterstellte man Reiseveranstaltern generell eine verstärkte Neigung zum Vertragsbruch, der man nur durch präventive Sanktionsandrohung begegnen könnte¹⁾.

Stoll verkennt aber auch die im Reisevertrag fixierte Interessenwertung der Parteien, die eine ergänzende Auslegung mit dem Ergebnis "vertragsimmanenter Haftpflicht" verbietet.

Maßstab und zugleich Grenze ergänzender Vertragsauslegung sind die von den Vertragsparteien aufgestellten erkennbaren Bewertungsgrundlagen²⁾; die ergänzende Vertragsauslegung darf sich nicht nur nicht zu dem geschlossenen Vertrag in Widerspruch setzen, indem sie den Vertragsgegenstand erweitert oder verändert, sie hat sich vielmehr daran zu orientieren, wie die Parteien in dem geregelten Teil der Vereinbarung ihre gegenseitigen Interessen in Einklang zu bringen gesucht haben³⁾.

1) Braschos, a.a.O.: Das Bestreben, zum Zwecke der Erfüllung Druck auf den Schuldner auszuüben, kann als eigenständiger Teil des Zweckverwirklichungsprogramms angesehen werden; allein der bloße Inhalt der Leistungspflicht ist noch kein hinreichendes Indiz für eine Zweckstörungsregelung mit dem Ergebnis "Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vertragsstrafe". Es fehlt insoweit am Substrat für eine ergänzende Vertragsauslegung.

2) Larenz, AT, § 29 I.

3) Larenz, a.a.O.

Ideelle Lebensgüter wie der Reisegenuß finden im Reisevertrag regelmäßig keine Berücksichtigung und zwar nicht etwa deshalb, weil die Parteien eine Einigung über diesen Punkt vergessen hätten, sondern weil sich ihre Rechtsbeziehungen in dem Austausch der im Vertrag fixierten vermögenswerten Leistungspflichten (Erbringung der Reiseleistungen gegen Entgelt, §§ 651 a I, 651 c I bzw. §§ 631 I, 633 I BGB) erschöpfen sollen¹⁾. Eine Ersatzpflicht des Veranstalters bei schuldhafter Vereitelung der Urlaubsfreude mag durchaus allgemeinem Gerechtigkeitsempfinden entsprechen, sie findet jedenfalls keinen Rückhalt in der von den Parteien getroffenen Interessenwertung des Reisevertrages. Aufgabe der ergänzenden Vertragsauslegung kann es nicht sein, den Inhalt des Rechtsgeschäfts nachträglich im Sinne als gerecht empfundener Wertmaßstäbe zu korrigieren.

e) "vertane Urlaubszeit" und allgemeines Persönlichkeitsrecht

Landwehrmann²⁾ unternimmt den Versuch, die Problematik beeinträchtigter Urlaubsfreude über das Deliktsrecht in den Griff zu bekommen.

An Hand seiner soziologischen Untersuchungen über die Bedeutung ungestörter Freizeitgestaltung des Menschen in einer hochgradig technisierten Welt gelangt er zur Anerkennung eines besonderen Persönlichkeitsrechts auf ungehinderte Selbstentfaltung in der Freizeit³⁾.

Der überwiegende Teil der Bevölkerung könne in einer durch Fremdbestimmung, Rationalisierung und Spezialisierung geprägten Berufswelt seine Persönlichkeit nur unvollkommen entfalten. Ausschließlich in seiner Freizeit habe der Mensch die Möglichkeit, durch kreatives Ausleben seiner Individualität zu einer Persönlichkeit

1) so auch Braschos, a.a.O., S. 167 Fußn. 322.

2) Landwehrmann, NJW 1970, 1867 ff; ders., in: "Zeit ist Geld", Diss. Münster.

3) Landwehrmann, NJW, a.a.O.; Diss., S. 54 ff.

zu reifen. Dieser Freiraum müsse durch Qualifizierung als subjektives Recht vor Übergriffen Dritter auch im Privatrechtsverkehr geschützt werden. Besonders schwere Verletzungen dieses Rechts könnten daher allgemein wie auch im Rahmen vertraglicher Beziehungen, die gerade die Freizeitgestaltung zum Inhalt hätten, zu einem Ersatz des immateriellen Schadens - speziell des nutzlos aufgewendeten Urlaubs - gemäß §§ 823 I, 847 BGB führen¹⁾.

f) Kritik am deliktsrechtlichen Lösungsweg

In der Folgezeit ist die These Landwehrmanns, die individuelle Möglichkeit zur Urlaubsgestaltung als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen, auf wenig Verständnis gestoßen²⁾. Angesichts der bekannten dogmatischen Schwächen der Lehre vom "allgemeinen Persönlichkeitsrecht"³⁾ sollte eine Anlagerung weiterer Sachverhalte an den vorhandenen Bestand positiver Entscheidungen zu diesem Institut möglichst vermieden werden. Infolge der Methode der Tatbestandsprüfung - Interessenbewertung der sich gegenüberstehenden Parteien - verbleibt als Maßstab für diese Entscheidung das subjektive Empfinden des einzelnen. Nach der hier vertretenen Auffassung hat sich das Bedürfnis des arbeitenden Menschen nach ungestörter Freizeitgestaltung nicht in dem Maße verdichtet, daß man ihm die Anerkennung als schutzwürdiges Recht i.S.d. § 823 I BGB zustehen sollte.

1) Landwehrmann, Diss., S. 74 f; NJW, a.a.O., S. 1869.

2) ablehnend Ellrich, Herstellungsanspruch, (Diss.), S. 16 Fußn. 23; Teichmann, in: Jauernig, BGB, Vor § 249 III 6 b) bb); ebenso KG NJW 1972, 769, (770).

3) generalklauselartiger, "offener" Verletzungstatbestand; Feststellung der Verletzung durch "Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall" (BGHZ 24, 72, 80)); Vermengung von Tatbestandsfeststellung und Rechtswidrigkeitsurteil etc.

Vergleicht man die bisher vom BGH anerkannten Fallgruppen von schutzwerten Persönlichkeitsrechten¹⁾, so lassen sie alle einen engeren Bezug zur Privat- und Intimsphäre des Individuums erkennen als die Möglichkeit zu ungehinderter Selbstverwirklichung in der Freizeit.

Das letztlich entscheidende Argument gegen die Gewährung eines Ersatzanspruchs wegen Persönlichkeitsverletzungen im Rahmen vertraglicher Beziehungen liegt in der akzessorischen Bedingtheit dieser Beeinträchtigungen begründet.

Soweit Vertragsstörungen neben der Verletzung der vertraglich geschuldeten Leistungspflichten zu einer Beeinträchtigung immaterieller Interessen wie z.B. Gefühlen, Genußmöglichkeiten etc. führen, sind sie in unterschiedlicher Gewichtigkeit die regelmäßige Folge der Vertragsstörung und als solche durch die vertragsrechtlichen Haftungssanktionen für die geschuldete Leistungspflicht bereits erfaßt²⁾.

Diese Schwäche in seiner Argumentation hat Landwehrmann bereits erkannt, er versucht sie mit dem besonderen Vertragszweck, der gerade die Förderung des immateriellen Gläubigerinteresses aus der geplanten Freizeitgestaltung zum Inhalt habe, zu überwinden³⁾.

Hierzu kann auf das oben Gesagte⁴⁾ zurückgegriffen werden: Die Vertragspflichten erschöpfen sich in dem Austausch der vereinbarten Reiseleistungen gegen Entgelt, ein darüber hinausgehender "Vertragszweck" ist bloßes Motiv zum Abschluß des Vertrages, nicht sein Inhalt. Folglich ist auch keine Verletzung dieses

1) Zusammenstellung bei Larenz, SchuldR, BT, § 72 III a.

2) so zutreffend Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 260.

3) Landwehrmann, Diss., S. 74 f. unter Hinweis auf Stolls Lehre vom "immateriellen Vertragszweck".

4) s.o.S. 109.

nicht existierenden Vertragsgegenstandes denkbar, durch welche ein Schaden entstehen könnte, der nicht schon durch die vertragsrechtlichen Haftungsnormen abgedeckt wäre.

Unbeschadet der Entscheidung, ob man ein besonderes Persönlichkeitsrecht auf Freizeitgestaltung anzuerkennen bereit ist, läßt sich über dieses Institut innerhalb eines Vertragsverhältnisses keine Haftung für einen die Verletzung der vereinbarten vermögenswerten Leistungspflichten übersteigenden immateriellen Schaden begründen.

g) Entgangene Urlaubsfreude und "Herstellung in Geld", § 249 S. 2 BGB

Seine Einwände gegen die Erweiterung des Vermögensschadensbegriffs durch den BGH und die deliktsrechtliche Methode Landwehrmanns führen Ellrich¹⁾ zu seinem Lösungsvorschlag, immaterielle Erlebnisschäden innerhalb des Vertragsrechts über die allgemeinen Schadensfolgennormen der §§ 249 ff BGB abzugelten.

Ansatzpunkt ist hierbei § 249 S. 2 BGB, dem Ellrich den vereitelten Urlaubsgenuß als einen in Geld wiederherstellbaren Personenschaden zuordnet.

Zwar vermag er Landwehrmann nicht zu folgen, der den Urlaubsgenuß als dem Schutzbereich des § 823 I BGB unterstelltes besonderes Persönlichkeitsrecht qualifiziert, aufgrund "der überragenden Bedeutung des APR sowie des heutigen Stellenwerts eines Urlaubserlebnisses" erscheine jedoch eine Ausweitung des Begriffs "Verletzung einer Person" entsprechend der Erweiterung des verletzbaren Bereichs auf der Haftgrundseite gerechtfertigt²⁾.

1) Ellrich, Herstellungsanspruch in Geld bei Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden, Diss. Gießen, 1972.

2) Ellrich, S. 78.

Im weiteren Verlauf seiner Erörterungen untersucht Ellrich die Frage, ob Genußvereitelungen durch Geldzahlung voll restitutionsfähig sind.

Ausgehend vom Herstellungsbegriff sei eine "Wieder-"herstellung wegen des einmal eingetretenen Kausalverlaufs ohnehin nicht möglich, die Frage nach der Herstellbarkeit beantworte sich somit danach, ob mit ersatzrechtlich geeigneten und zulässigen Mitteln ein dem erlittenen ideellen Nachteil gleichwertiger Ausgleichszustand geschaffen werden könne, wobei als mögliches Herstellungsmittel auch der auf § 249 S. 2 BGB gestützte Geldersatz in Betracht komme¹⁾.

Im Tourismusgewerbe sei diese Frage sicherlich zu bejahen, denn das Urlaubserlebnis sei aufgrund seiner vollständigen Konfektionierung und Kommerzialisierung ("Urlaub von der Stange") jederzeit reproduzierbar²⁾, die fehlgeschlagene Fotosafari könne durch Buchung bei einem anderen Veranstalter nacherlebt werden, der Mallorca-Urlaub sei auf Korsika oder Capri gleichwertig zu verbringen³⁾.

Dem Vermögen komme dabei in der heutigen Wirtschaftsordnung eine entscheidende Rolle zu; es diene geradezu der immateriellen Entfaltung des Individuums. Durch Zuspruch von Geld werde es in die Lage versetzt, sich diese ideellen Güter jederzeit zu verschaffen⁴⁾.

Mit dem nächsten Schritt entzieht Ellrich den Ersatzanspruch dem Zugriff des § 253 BGB:

Das Schadensrecht sei durch den Primat des Herstellungsgrundsatzes geprägt. Soweit Herstellung möglich

1) Ellrich, S. 70.

2) Ellrich, S. 98.

3) Ellrich, S. 22.

4) Ellrich, S. 86 f.

sei (gleichgültig, ob in Form der Naturalrestitution - § 249 S. 1 BGB - oder durch Geldersatz, S. 2), verdränge dieses vorrangige Prinzip das Kompensationsverbot des § 253 BGB. Der gesamte Bereich des Herstellungsgrundsatzes sei also dem Zugriff des § 253 BGB entzogen, so daß die im Rahmen der Herstellung zu leistende Zahlung auch nicht den Differenzierungskriterien des § 253 BGB - Vermögensschaden/Nichtvermögensschaden - unterworfen sei¹⁾. Folglich stelle entgangene Urlaubsfreude einen über § 249 S. 2 BGB ersatzfähigen Schaden dar.

Mit Hilfe dieser Konstruktion unterläuft Ellrich die Sperrfunktion des § 253 BGB und gewährt im Endeffekt Geldersatz für einen Schaden, "der nicht Vermögensschaden ist".

h) Kritik an der Lehre vom "erweiterten Personenschaden"

Man kann sich nur schwer des Eindrucks erwehren, hier habe eine sehr gewagte Argumentation den ausschließlichen Zweck verfolgt, die als unbillig erkannte Schranke des § 253 BGB aus dem Wege zu räumen.

In ihrer dogmatischen Begründung treten denn auch einige entscheidende Schwächen zutage.

Ellrich kann schon in seinem Ansatz nicht gefolgt werden, die Beeinträchtigung subjektiver Empfindungen wie Genuß, Freude und ähnlicher Erlebniswerte als "Verletzung einer Person" i.S.d. § 249 S. 2 BGB anzuerkennen²⁾.

1) Ellrich, S. 42 f.

2) Ellrich, S. 78 ff.

Es mag durchaus geboten sein, nach Einreihung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den positiven Bestand der "sonstigen Rechte" auf der Haftungsgrundseite des § 823 I BGB auch innerhalb der Schadensfolgeregelungen der §§ 249 ff BGB eine gleichwertige Ausweitung des verletzbaren Schutzbereichs der Person vorzunehmen¹⁾. Diesen Schritt vollzieht Ellrich aber bewußt nicht²⁾, mit schwammigen Wertungskriterien ("überragende Bedeutung des APR"³⁾, "heutiger Stellenwert eines Urlaubserlebnisses") steckt er den Rahmen des Personenbegriffs in einer derart unscharfen Weise ab, daß die Anerkennung eines "wesensgleichen Minus" zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht schon vorgezeichnet scheint.

Noch schwerer wiegt es, wenn Ellrich sich in einem zentralen Punkt seiner Ausführungen - der jederzeitigen Herstellbarkeit des Urlaubsgenusses - zu seiner eigenen These in Widerspruch stellt, indem er den auf den konkreten Schadensfall bezogenen Begriff der "Herstellbarkeit" durch den der "generellen Erwerbbarkeit" bzw. "Käuflichkeit" ersetzt.

Ausgehend von der zutreffenden Umschreibung der Herstellbarkeit als der Möglichkeit, einen dem erlittenen ideellen Nachteil gleichwertigen Ausgleichszustand zu erreichen⁴⁾, gelingt mit Hilfe der Zauberformel des "kommerzialisierten Ausgleichszustands" die Umwandlung dieser Definition in das Kriterium abstrakter Fungibilität am Markt:

Selbst wenn die Nachholung des Urlaubs konkret ausgeschlossen sei, weil der Arbeitnehmer z.B. keinen

1) v. Staudinger-Werner, § 249 Rdnr. 15.

2) Ellrich, S. 77 f.

3) Was hat die "überragende Bedeutung der APR" in dieser Argumentation zu suchen, wenn Urlaubserlebnisse nicht dem APR zugeordnet werden?

4) Ellrich, S. 70.

unbezahlten Urlaub bekommen könne, stehe dies dem Zahlungsanspruch nicht im Wege, denn wenn es nach der h.M. gleichgültig sei, ob der Betrag tatsächlich zur Herstellung verwendet werde, so sei auch die Nachholbarkeit des Urlaubs überhaupt unbeachtlich¹⁾.

Spätestens an dieser Stelle wird offenkundig, daß der Herstellungsbegriff allein als Vehikel zum Unterlaufen des § 253 BGB diene. Da er aber wegen der tatsächlichen Schwierigkeit des Arbeitnehmers, unbezahlten Urlaub zur Wiederholung der Reise zu bekommen, im konkreten Einzelfall eine Abgeltung der Erlebnisschäden oftmals vereiteln wird, substituiert Ellrich ihn im Wege einer "pauschalierenden, typisierenden Betrachtungsweise"²⁾ durch das geringere Erfordernis, einen "kommerzialisierten Ausgleichszustand" zu schaffen.

Die Möglichkeit der Wiederherstellung ist jedoch unerläßliche Voraussetzung des Geldanspruchs nach § 249 S. 2 BGB³⁾, denn dieser Anspruch dient ausschließlich dem Zweck, dem Geschädigten die Restitution selbst in die Hand zu geben, wenn er das Vertrauen in die redliche Handlungsweise des Schädigers verloren hat. Ist die Herstellung nicht möglich, so entfällt auch der Sinn für diese Bevorteilung.

Das Ineinandergreifen der ratio legis des § 249 S. 2 BGB mit dem Kompensationsverbot des § 253 BGB zwingt darüber hinaus zu einer weiteren Einschränkung der Abgeltung immaterieller Schäden.

Nur wenn der Geschädigte den erhaltenen Betrag tatsächlich zur Beschaffung eines der erlittenen Einbuße entsprechenden Äquivalents verwendet, ist eine vom Kompensationsverbot unberührte Naturalrestitution gewährleistet. Anderenfalls erhielte der Gläubiger

1) Ellrich, S. 111.

2) Ellrich, S. 110 f.

3) ganz h.A. und Rechtsprechung; stellvertretend Lange, Schadensersatz, § 5 V 5 m.w.N.

mehr, als er gemäß § 251 BGB erhalten würde, nämlich Geldersatz für einen Nicht-Vermögensschaden¹⁾.

i) Zusammenfassung

Wie sich herausgestellt hat, bildet das Kompensationsverbot des § 253 BGB nach wie vor ein unüberwindliches Hindernis für die Abgeltung nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit. Die zahlreichen Versuche, die als unbil-
lig erkannte rechtspolitische Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers in diesem speziellen Anwendungsbe-
reich auszuschalten, haben sich als untauglich erwie-
sen.

Soweit der BGH es unternimmt, "vertane Urlaubstage" dem Zugriff des § 253 BGB durch die Anerkennung als Vermögensschaden zu entziehen, richtet sich seine Rechtsfindung auf den falschen Gegenstand.

Nicht der Urlaub als arbeitsfreie Zeit i.S.d. BuRlG ist durch die veranstalterische Leistungsstörung beeinträchtigt, sondern allenfalls die individuelle Möglichkeit zur Freizeitgestaltung während dieser Zeit.

Auch der bloßen Urlaubsfreude als Ausfluß des Zwi-
schengliedes "Urlaub" kommt kein Vermögenswert zu, da die Qualifizierung des Jahresurlaubs als durch die Arbeitstätigkeit "erkauft", also kommerzialisiertes Gut schlechterdings nicht zutrifft:

Arbeitsfreie Zeit ist nicht fungibel, man kann sie nicht abtreten, nicht veräußern und nicht gegen Ent-

1) so auch Keuk, Vermögensschaden und Interesse, S. 221; Grunsky, MK, § 249 Rdnr. 2; Askenasy, Gruchot, 70, 373, (376 Fußn. 8); Kreß, SchuldR, AT, S. 347 Fußn. 17.
Noch weitergehend Stoll, JZ 1975, 252, (254) und Honseil, JuS 1976, 222, (226), die es wegen des Kompensationsverbotes des § 253 BGB für unzulässig halten, eine immaterielle Einbuße über die gedank-
liche Brücke der Herstellung letztlich doch in Geld auszugleichen.

gelt erwerben; der Urlaubsanspruch ist individuell und höchstpersönlich.

Die Kommerzialisierungslehre wird durch die vom BGH vorgenommene Gleichstellung von echten finanziellen Aufwendungen und Aufwendungen jedweder Art (z.B. körperlichen Anstrengungen) in einer Weise ausgeweitet, die jede sinnvolle Differenzierung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden unmöglich macht.

Ebensowenig läßt sich ein auf Urlaubsfreude gerichteter "immaterieller Vertragszweck" als verletzbarer Inhalt einer den bloßen Leistungsaustausch übersteigenden Leistungspflicht feststellen. Beide Parteien verfolgen mit dem Vertrag unterschiedliche und auch - wie im gesamten Vertragsrecht - häufig nicht erkennbare Zwecke, die sie zum Abschluß des Vertrages motiviert haben; diese subjektiven Vorstellungen sind nicht Inhalt des Rechtsgeschäfts.

Die Unterstellung einer konkludent vereinbarten Vertragsstrafe mißachtet den Grundsatz der Privatautonomie, es fehlt nicht nur an einem hierauf gerichteten, erkennbaren Geschäftswillen der Parteien, die Interessen des Reiseveranstalters stehen einem Strafversprechen offensichtlich diametral entgegen.

Der Rückgriff auf das Institut ergänzender Vertragsauslegung erweist sich gleichfalls als erfolgloser Versuch, dem Vertrag einen als recht und billig erkannten, ihm jedoch fremden Inhalt beizugeben. Die von den Parteien im Reisevertrag vorgenommene Interessenwertung ist vollständig und läßt keine planwidrige Regelungslücke im Hinblick auf einen Vertragsgegenstand "Strafversprechen" erkennen.

Erhebliche Bedenken ergeben sich auch gegen die Anerkennung eines besonderen Persönlichkeitsrechts auf ungestörte Freizeitgestaltung.

Die bisher von der Rechtsprechung dem Schutz des § 823 I BGB unterstellten Fallgruppen weisen aus-

nahmslos einen engeren Bezug zur Privat- und Intimsphäre des Betroffenen auf als sein Verlangen nach Freizeitgestaltung. Trotz der zweifellos großen Bedeutung der Selbstverwirklichung des Individuums in der Freizeit hat sich sein Bedürfnis nach ungestörter Nutzung dieses Bereichs nicht in solcher Weise verdichtet, daß eine Zuordnung dieses Lebensgutes unter das ohnehin dogmatisch schwache Institut des APR geboten wäre.

Entscheidend spricht gegen diesen Lösungsweg die akzessorische Natur des Schadens: Die Verletzung vertraglicher Leistungspflichten zieht in aller Regel eine Beeinträchtigung immaterieller Güter wie z.B. Gefühle oder Genußmöglichkeiten nach sich, die schon durch die vertragsrechtlichen Sanktionsnormen erfaßt sind; sie können nicht mehr Gegenstand selbständiger deliktischer Ansprüche sein.

Schließlich scheitert auch der Versuch, entgangene Urlaubsfreude als Personenschaden über § 249 S. 2 BGB in Geld zu ersetzen. Die Qualifizierung allgemeiner Beeinträchtigungen der individuellen Seinssphäre von der Schwere vereitelter Urlaubsfreude als "Verletzung einer Person" führte zu einer weitgehenden Aufweichung dieses bisher scharf umrissenen Begriffs, die vom Zweck des Gläubigerschutzes nicht mehr gedeckt ist.

Die Verzahnung der ratio legis des § 249 S. 2 BGB mit dem Kompensationsverbot des § 253 BGB erfordert außerdem, daß der geleistete Geldersatz auch wirklich zur Herstellung verwendet wird. Aufgrund der tatsächlichen Schwierigkeit des Betroffenen, im konkreten Fall zusätzlich unbezahlten Urlaub zur Nachholung der Reise zu bekommen, wäre eine Herstellung in Geld gemäß § 249 S. 2 BGB auf wenige Einzelfälle beschränkt und als generelles Entschädigungsmittel untauglich.

Man muß daher Teichmann¹⁾ zustimmen, wenn er die in § 651 f II BGB gesetzlich fixierte Entschädigungspflicht wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit als die einzige dogmatisch befriedigende Lösung bezeichnet.

2. Geltungsbereich des § 651 f II BGB

Nach der hier vertretenen Auffassung verhinderte das bisher geltende Recht eine Abgeltung vertaner Urlaubszeit, die Normierung des § 651 f II BGB bringt daher zwangsläufig eine entscheidende Stärkung der Rechtsstellung des Reisenden mit sich. Effektiver Verbraucherschutz orientiert sich allerdings primär an gerichtlicher Durchsetzbarkeit und erst in zweiter Linie am materiellen Recht.

Wegen der in ständiger Rechtsprechung geübten Praxis der Gerichte, nutzlos aufgewendete Urlaubstage als Vermögensschaden aufzufassen, nahm diese Judikatur den kundenschützenden Effekt der neuen Vorschrift weitgehend vorweg. Der Kommerzialisierungstheorie wohnte jedoch a priori die schadensrechtliche Benachteiligung erwerbsloser Reisender wie Schüler, Studenten und Rentner inne, die ihre Urlaubszeit nicht durch Arbeitsleistung zu "kaufen" brauchten. Eine erschöpfende Beurteilung der Rechtsstellung des Reisenden nach altem und neuem Recht erfordert daher einen Vergleich des § 651 f II BGB mit dieser Rechtsprechung.

1) Teichmann, Vor § 249 III 6 b) bb).

a) "vertane Urlaubszeit" nicht erwerbstätiger
Personengruppen

Gerade diese Vorschrift, die nach der Zielvorstellung des Gesetzgebers lediglich eine Festschreibung höchstrichterlicher Rechtsprechung¹⁾ bewirken sollte, hat in der Literatur vornehmlich Verwirrung gestiftet. Als problematisch gilt insbesondere die dogmatische Qualifizierung des Anspruchs, mit deren Hilfe man die Frage zu beantworten sucht, ob auch die im Rahmen einer vereitelten Reise nutzlos aufgewendete Zeit von Schülern, Studenten und Rentnern, der nach der Kommerzialisierungstheorie des BGH kein Vermögenscharakter zukommt²⁾, nunmehr einen ersatzfähigen Schaden darstellt.

aa) die hierzu vertretenen Auffassungen

Bartl³⁾, Tonner⁴⁾ und Mühl⁵⁾ sehen in dieser Regelung nicht mehr als die in Gesetzesform gegossene Rechtsprechung des BGH, die seit dem "Rumänienreisefall"⁶⁾ vertaner Urlaubszeit Vermögensqualität beimißt.

Die Formulierung des Gesetzes ("Urlaubszeit") lasse erkennen, daß der Anspruchsberechtigte sich im Arbeitsprozeß befinden müsse, der Gesetzgeber habe damit an den Vermögensschadenbegriff des BGH anknüpfen wollen⁷⁾. Für diese Auslegung spreche ebenfalls die Moti-

1) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 11.

2) hierin lag eine weitere Schwachstelle der Rechtsprechung zum Problem vertaner Urlaubszeit; siehe Stoll, JZ 1975, 252, (255).

3) Bartl, NJW 1979, 1384, (1388).

4) Tonner, Reisevertrag, § 651 f Rdnr. 12.

5) Soergel-Mühl, § 651 f Rdnr. 6.

6) BGHZ 63, 98.

7) Bartl, a.a.O.

vation des Gesetzgebers, die höchststrichterliche Rechtsprechung festschreiben zu wollen¹⁾.

Auch Löwe²⁾ stützt sich vornehmlich auf den Wortlaut der Vorschrift, gelangt aber zu einem gegenteiligen Ergebnis. Zwar habe der Rechtsausschuß offenbar nur eine Kodifizierung der Rechtsprechung beabsichtigt, die Formulierung des § 651 f II BGB lasse jedoch eine Verbindung mit dem Vermögensschadenbegriff vermissen und gewähre als Ausnahmenvorschrift von § 253 BGB Schadensersatz für einen Nichtvermögensschaden.

Eine vermittelnde Auffassung vertritt Burger³⁾. Einerseits stellten nutzlos aufgewendete Urlaubstage zweifellos keinen Vermögensschaden dar, andererseits gebe der Gesetzestext keine Anhaltspunkte dafür her, daß hier offen die Regel des § 253 BGB durchbrochen werden solle. Vielmehr werde hier ein Nichtvermögensschaden per gesetzlicher Regelung als eine Art dritter Kategorie einem ersatzfähigen Vermögensschaden gleichgestellt.

bb) Versuch einer Einordnung

Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich bei nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit (genauer: verweigerter Urlaubsfreude) um einen immateriellen Schaden, und zwar unbeschadet der Frage der Erwerbstätigkeit des Reisenden. Folglich gewährt § 651 f II BGB Geldersatz für einen Nichtvermögensschaden und bildet eine weitere gesetzliche Ausnahme vom Kompensa-

1) Bartl, a.a.O., Fußn. 65 mit Hinweis auf Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 11.

2) Löwe, BB 1979, 1357, (1364); im Ergebnis ebenso Derleder, AK, BGB, § 651 f Rdnr. 6; Blaurock, NJW 1980, 1949 (Anm. zu BGH NJW 1980, 1947); Palandt-Thomas, § 651 f Anm. 3; v. Staudinger-Medicus, § 253 Rdnr. 48; Larenz, SchuldR, BT, § 53 V b; Eichinger, Jura 1981, 185, (192 f).

3) Burger, NJW 1980, 1249, (1251).

tionsverbot des § 253 BGB¹⁾. Es ist zwar aus Gründen der Rechtsklarheit bedauerlich, wenn der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzestextes von der herkömmlichen Formulierungstechnik abgewichen ist, den eingetretenen Schaden als einen solchen, "der nicht Vermögensschaden ist", zu bezeichnen, sowie als Rechtsfolge eine "billige Entschädigung in Geld" anzuordnen (§§ 847 I, 1300 I BGB; § 35 I 2 GWB; § 53 III LuftVG; § 97 II UrhG).

Die sprachliche Abfassung allein, so mißglückt sie auch sein mag, rechtfertigt entgegen Burger²⁾ kein Ausscheren aus der Schadenssystematik des BGB.

Die hier getroffene dogmatische Zuordnung fügt sich zwanglos in den schadensrechtlichen Begriffsdualismus ein, für die Einführung einer dritten Schadens-kategorie fehlt jedes Bedürfnis.

Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nicht die Ausgangsfrage abschließend beantwortet, ob die erwerbslosen Personengruppen - Schüler, Studenten, Rentner - nicht doch aus dem Kreise der Anspruchsberechtigten ausgeschlossen sind.

Bartl³⁾ sieht die entscheidende tatbestandliche Einschränkung in der Verwendung des Begriffs "Urlaubszeit", wodurch ein eindeutiger Bezug zur Arbeitswelt hergestellt wurde.

Richtigerweise kommt dem Begriff "Urlaub" im juristischen Sprachgebrauch zunächst einmal die Bedeutung von "Erholungsurlaub des Arbeitnehmers" zu, § 1 BUrtG normiert das Recht auf Urlaub als privatrechtlichen Anspruch.

1) insoweit zutreffend Löwe, Blaurock, v. Staudinger-Medicus, Larenz, jeweils a.a.O.

2) Burger, a.a.O., S. 1252.

3) Bartl, NJW 1979, 1384, (1388).

Diese gesetzesspezifische Begriffsinterpretation sollte nicht allzu weit getrieben werden, § 651 f II BGB will Selbständige und freiberuflich Tätige sicherlich nicht aus dem Kreise der Gläubiger ausschließen.

Aber auch in der gewöhnlichen Umgangssprache assoziiert man mit dem Wort "Urlaub" vornehmlich die arbeitsfreie Zeit des Erwerbstätigen, während der Begriff "Ferien" im Sinne von Schul-"Ferien" oder Semester-"Ferien" Schülern und Studenten, also außerhalb der Arbeitswelt stehenden Personengruppen vorbehalten ist¹⁾.

Neben diesem, die arbeitsfreie zur restlichen Zeit des Jahres abgrenzenden Bedeutungsinhalt bezeichnet der Begriff "Urlaub" außerdem die individuelle Ausgestaltung von Freizeit. Man "fährt in Urlaub", man spricht von "Badeurlaub", "Strandurlaub", "Erlebnisurlaub", "Cluburlaub", "Aktivurlaub", Reiseveranstalter bezeichnen sich als "Urlaubsexperten" und bieten dem "Urlauber" ein "Urlaubspaket", einen "Sparurlaub" und einen "Kurzurlaub" an; der Begriff "Urlaub" wird zum Synonym für "Reise" schlechthin ohne jeden Bezug zu den Differenzierungskriterien Arbeitstätigkeit - Freizeit²⁾.

Der Begriff "Urlaubszeit" in § 651 f II BGB deckt in diesem weiteren Sinne durchaus noch den Bedeutungsinhalt "Reisezeit" ab, eine Einschränkung auf die arbeitsfreie Zeit des werktätigen Reisenden erscheint nicht notwendig geboten.

Eine solche objektive, allein am Wortlaut orientierte Auslegung des Gesetzestextes führt sicherlich nicht zu unangreifbaren Ergebnissen, der Gesetzgeber hat bei

1) beachte aber "Betriebsferien", "Gerichtsferien" als Bezeichnung für eine Zeitspanne, in welcher innerhalb einer betrieblichen Organisation nicht gearbeitet wird.

2) s. auch Grunsky, NJW 1975, 609; Urlaub = Urlaubsreise.

Verabschiedung des Reisevertragsgesetzes die bisher weitgehend vorherrschende Begriffstreue des BGB durch Verwendung einer ungenauen Terminologie teilweise verlassen¹⁾.

Widersprüche ergeben sich leider auch bei der Ermittlung der gesetzgeberischen Absicht.

Während im Bericht des Rechtsausschusses²⁾ von einer Fortschreibung höchstrichterlicher Rechtsprechung die Rede ist, die einen "kommerzialisierten" Freizeitbegriff vermuten läßt, wird die Erstattungsfähigkeit dieses Schadens im folgenden Satz mit der typischen Zweckbestimmung des Reisevertrages begründet, dem Reisenden Urlaubsfreude zu vermitteln.

Diese Argumentation läßt schon keine Begrenzung der Ersatzfähigkeit auf die im Arbeitsprozeß tätige Bevölkerung mehr zu, denn auch der Rentner erstrebt mit seiner Reise Urlaubsfreude³⁾.

Hiermit übereinstimmend bezeichnet es die Begründung⁴⁾ zu dem insoweit inhaltlich gleichlautenden § 18 II des Regierungsentwurfs ausdrücklich als unangemessene Benachteiligung, diese Personengruppe aus dem Kreise der Anspruchsberechtigten auszuschließen.

Hinter dieser etwas unklaren Motivationslage des Gesetzgebers läßt sich ein auf Einbeziehung Erwerbsloser gerichteter Sinn erkennen, wenn man die konstatierte "Festschreibung höchstrichterlicher Rechtsprechung" auf die Erstattungsfähigkeit nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit schlechthin bezieht, ohne eine exakte Definierung des anspruchsberechtigten Personenkreises zu verlangen.

1) z.B. "Kündigungsrecht" des § 651 e BGB.

2) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 11.

3) zutreffend Beuthien, StudK, BGB, § 651 f Anm. 2.

4) BT Dr. 8/786, S. 30.

Der Rechtsausschuß hat an dieser Stelle vermutlich übersehen, daß die getroffene gesetzliche Regelung mit der Rechtsprechung zum "kommerzialisierten Urlaub" nicht völlig identisch ist. Anderenfalls hätte er den offenen Widerspruch zur nachfolgenden Begründung der Erstattungsfähigkeit (Zweckbestimmung: Urlaubsfreude für jedermann) bemerkt.

Mangels einer tatbestandlich zwingend vorgeschriebenen Begrenzung der Ersatzberechtigten sowie einer diesbezüglich erkennbaren gesetzgeberischen Absicht ist der Anspruch aus § 651 f II BGB auch der Problemgruppe von Schülern, Studenten und Rentnern zu gewähren.

Damit wären die letzten Überreste der fatalen Rechtsprechung zur "Kommerzialisierung" der Urlaubsreise beseitigt; auch gegenüber dieser Judikatur wird der Rechtsschutz des Pauschalreisenden durch die Neuregelung erweitert.

b) Angemessenheit der Neuregelung

Die Vorschrift des § 651 f II BGB ist eine der wenigen des Reisevertragsgesetzes, die in der Literatur nicht auf Ablehnung gestoßen sind.

Allenfalls wird sie von denjenigen, die in ihr eine Verfestigung der bisherigen Rechtsprechung zum kommerzialisierten Vermögensschadensbegriffs sehen¹⁾, als überflüssig betrachtet.

Diesem allgemeinen Konsens, vergällte Urlaubsfreude in Geld zu kompensieren, liegt eine Wertschätzung des Urlaubserlebnisses zugrunde, welche die anderer ideeller Güter signifikant übersteigt.

Diese Beurteilung soll im folgenden überprüft werden.

1) z.B. Bartl, NJW 1979, 1384, (1388); Tonner, Reisevertrag, § 651 f Rdnr. 12; Soergel-Mühl, § 651 f Rdnr. 6.

Man muß Landwehrmann¹⁾ in seiner zweifellos pessimistischen Analyse zustimmen, wenn er die Arbeitswelt (insbesondere der Bezieher kleinerer und mittlerer Einkommen) als einen Lebensbereich darstellt, in welchem dem Einzelnen aufgrund einer hochgradigen Rationalisierung und Spezialisierung der einzelnen Arbeitsprozesse die Möglichkeit zu kreativer Selbstgestaltung weitgehend genommen wird.

Erhöhter Leistungsdruck erzeugt - und zwar nicht nur bei der erwerbstätigen Bevölkerung, sondern auch schon in der Ausbildungsphase bei Schülern und Studenten - eine Einstellung zum Berufsleben, die die Arbeit lediglich als Mittel zum Einkommenserwerb betrachtet; eine Identifizierung mit dem Beruf findet nur noch in vermindertem Maße statt.

Im gleichen Maße steigt die Bedeutung der Freizeit als eines Lebensbereiches, in welchem Eigeninitiative und Kreativität einen Rest von Selbstverwirklichung gewährleisten. Der Jahresurlaub stellt nun den einzigen größeren Zeitabschnitt dar, während dessen der Einzelne die Möglichkeit zur Auslebung seiner Individualität erhält.

Mehr als die Hälfte der Bevölkerung²⁾ versucht diese Ziele mit Hilfe einer Urlaubsreise zu realisieren, ca 1/4 dieses Personenkreises bucht eine Pauschalreise i.S.d. Reisevertragsgesetzes³⁾.

Vergleicht man Reiseverträge und Werkverträge - insbesondere solche zur Schaffung körperlicher Werke - hinsichtlich ihrer ideellen Zweckbestimmung, so werden gravierende Unterschiede erkennbar.

1) Landwehrmann, NJW 1970, 1867.

2) Tonner, Reisevertrag, Einl., Rdnr. 3: 1978 haben 56,8 % der über 14 Jahre alten Bevölkerung eine oder mehrere Urlaubsreisen unternommen.

3) Tonner, a.a.O., Rdnr. 6: 24,5 % Pauschalreisen.

Dem Reisenden dient die Gewährung der einzelnen Reiseleistungen ausschließlich der Gewinnung von Urlaubsgenuß in der jeweils gewünschten individuellen Ausgestaltung. Im Unterschied zum leitbildgemäßen Werkbesteller verbleibt dem Reisenden nach Erfüllung des Vertrages kein wirtschaftlicher Wert, sein angestrebter Vertragszweck erschöpft sich in dem Genuß der durch die Reiseleistungen erzeugten immateriellen Güter und wird mit Ablauf der Reisezeit gegenstandslos¹⁾.

Zweifellos erleidet auch der Besteller eines maßgeschneiderten Anzugs durch Schlechterfüllung eine über das vermögensmäßig minderwertige Werk hinausreichende Beeinträchtigung ideeller Güter wie Ärger etc.; ihm verbleibt jedoch in der Regel ein Restwerk von einem gewissen wirtschaftlichen Wert, welches durch Nachbesserung die volle Funktionsfähigkeit gewinnen kann, womit der ideelle Zweck - die Freude am Tragen dieses gut sitzenden Anzugs - doch noch erreicht wird.

Verbleibt dem Besteller kein wirtschaftlich verwertbarer Restwert, etwa weil der Anzugstoff vollständig verschnitten und damit unbrauchbar geworden ist, oder weil der Werkerfolg ohnehin auf Erbringung einer unkörperlichen Leistung gerichtet war (Theateraufführung, Konzert, usw.), so kann sich der Besteller zu-
meist einen Ersatz in absehbarer Zeit dadurch verschaffen, daß er einen anderen Schneider beauftragt oder eine vergleichbare Veranstaltung besucht.

Anders der Reisende: Er hat seinen Jahresurlaub verbraucht und wird häufig aus betriebsorganisatorischen Gründen keinen unbezahlten Urlaub bekommen können. Darüber hinaus erfordert eine Urlaubsreise eine Reihe von Vorbereitungen, die er möglicherweise aus Enttäuschung über die fehlgeschlagene vorangegangene Reise ein zweites Mal vermeiden möchte.

1) dieser "immaterielle Vertragszweck" im Sinne Stolls (JZ 1975, 252) ist in der Tat das eigentliche Ziel des Reisenden, nur wird er eben nicht Inhalt des Vertrages, sondern verbleibt auf Seiten des Gläubigers als einseitiges Motiv.

Zusammengefaßt ist die ideelle Ausrichtung des Reisevertrages durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

Die Urlaubsreise ist ein wichtiges Mittel zur Erholung des Individuums vom alltäglichen Berufsleben und dient in erheblichem Umfang seiner Selbstverwirklichung in der Freizeit. Der Reisevertrag bezweckt nicht die Erschaffung wirtschaftlicher Werte, er dient ausschließlich dem Erwerb ideeller Güter innerhalb eines kurzen Zeitraumes. Folglich verbleibt dem Reisenden bei Leistungsstörungen kein nachbesserungsfähiges Restwerk, der mit diesem Vertrag verfolgte ideelle Zweck ist endgültig vereitelt.

Eine ersatzweise Verschaffung der immateriellen Werte ist zumeist nicht möglich oder liegt häufig nicht mehr im Interesse des Reisenden.

Einerseits ist der hohe Wert des immateriellen Vertragszwecks der Pauschalreise (Erholung, Selbstverwirklichung etc.) allgemein anerkannt, andererseits ist seine Erreichung erhöhter Störanfälligkeit ausgesetzt (praktisch keine Nachbesserungs- oder Ersatzmöglichkeit bei eingetretenen Störungen).

Der Reiseveranstalter als Schuldner des Reisenden ist sich der hohen Wertschätzung, die eine gelungene Urlaubsreise in den Augen des Kunden genießt, bewußt und betreibt mit ihr vielfach Vertrauenswerbung, die gerade die Gewährleistung von Reisegenuß verspricht ("wir planen ihre schönste Zeit des Jahres", "Urlaubsexperten" usw.).

Eine Kompensation vereitelter Urlaubsfreude durch das zur Hebung der Lebensfreude allgemein taugliche Entschädigungsmittel Geld erscheint insgesamt sachgerecht.

III. Kumulierung von Schadensersatz mit anderen Mängelrechten

1. nach Reisevertragsrecht

Die Möglichkeit gleichzeitiger Ausübung der zentralen Gewährleistungsrechte, Minderung oder Kündigung und Schadensersatz (§ 651 f I BGB), scheint in der Literatur stillschweigende Billigung gefunden zu haben. Die Kommentierung der neuen Vorschrift erschöpft sich zumeist in der Wiedergabe des Berichts des Rechtsausschusses und läßt eine eindeutige Stellungnahme zu diesem gesetzgeberischen Schritt vermissen, wie sie doch wohl aufgrund der hier vorgenommenen einschneidenden Abweichung von der werkvertraglichen Parallelvorschrift zu erwarten gewesen wäre¹⁾.

Zweifellos gewährt der Wortlaut des § 651 f I BGB mit seiner Erlaubnis zur Anspruchshäufung dem Reisenden mehr Rechtsschutz als die werkvertragliche Schadensersatznorm des § 635 BGB, die ihn zu einer Auswahl seiner Mängelansprüche zwingt.

Ein Vergleich des Gesetzestextes allein sagt jedoch über den veränderten Stellenwert des Verbraucherschutzes wenig aus; bei einer solchen Gegenüberstellung kommt der Rechtsprechung zum bisher geltenden Recht entscheidende Bedeutung zu, da sie teilweise schon unter Anwendung von Werkvertragsrecht die mit der gesetzlichen Neuregelung angestrebte Stärkung der Rechtsstellung des Reisenden erreicht hat²⁾.

1) stellvertretend Bartl, Reiserecht, RdNr. 85 f; ablehnend Leonardy, DRiZ 1978, 267, (269) ohne Begründung.

2) z.B. Ersatzfähigkeit "vertaner Urlaubszeit" (Rumänienreisefall), BGHZ 63, 98.

2. Rechtsprechung und Lehre zu § 635 BGB

Literatur und Rechtsprechung betrachteten seit jeher die Alternativität von Minderung/Wandlung und Schadensersatz als nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Gläubigerinteressen, das ausdrückliche gesetzliche Kumulierungsverbot (§ 635 BGB; § 463 BGB im Kaufrecht) wurde durch eine Ausweitung des Schadensrechts umgangen:

Bei Schlechterfüllung wird dem Besteller gestattet, Schadensersatz auf zweifache Weise zu realisieren. Entweder behält er das mangelhafte Werk unter Aufrechterhaltung des vertraglichen Leistungsaustausches und verlangt lediglich Ersatz des Minderwertes (sog. "kleiner Schadensersatz"), oder er lehnt die Übernahme des Werkes insgesamt ab, verweigert die Zahlung des Entgelts und darf Ersatz des durch die Nichtausführung entstandenen weitergehenden Schadens verlangen¹⁾ (sog. "großer Schadensersatz").

Wählt der Gläubiger den zweiten Weg, so macht er faktisch die Rechte aus Wandlung (Herausgabe des Werkes und Rückzahlung des Entgelts) und Schadensersatz (Abgeltung des weiteren, durch Nichtausführung entstandenen Schadens) gleichzeitig geltend; das Kumulierungsverbot des § 635 BGB wird, ohne den Buchstaben des Gesetzes zu verletzen, unterlaufen.

Rechtsprechung und Literatur haben dies bewußt in Kauf genommen, die lapidare Begründung lautet, der Gläubiger könne durch die mangelhafte Leistung einen

1) ständige Rechtsprechung, BGHZ 27, 215; zum Kaufrecht BGHZ 29, 148 ff;
Larenz, SchuldR, BT, § 53 II a und § 41 II c (für Kauf); Esser-Weyers, SchuldR, II, § 32 II 5 b und § 5 III 3 a (für Kauf).

weitergehenden Schaden erlitten haben, dessen Ersatz er bei Wandlung nicht erlangen, sondern nur über § 635 BGB erreichen könne¹⁾. Die strikte Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Alternativität beschränke das Interesse des Geschädigten an einer Beseitigung der Schadensfolgen in unzumutbarer Weise²⁾.

In konsequenter Anwendung dieses Grundsatzes gewährt die Rechtsprechung zum Reiserecht³⁾ dem Gläubiger bei mangelhafter Reiseleistung einen Anspruch auf (teilweise) Rückzahlung des Reisepreises nebst Schadensersatzes wegen vertaner Urlaubszeit, Auslagen für Nachbesserungskosten etc.; sie kombiniert also das auf das negative Interesse gerichtete Schadensersatzbegehren mit der dem Wandlungsrecht eigenen Rückerstattung der Gegenleistung⁴⁾.

Die im Wortlaut des reisevertraglichen Schadensrechts angelegte Verbesserung des Konsumentenschutzes wird durch die Einbeziehung von Rechtsfolgen der Wandlung in den werkvertraglichen Ersatzanspruch vorweggenommen, die verbraucherschützende Wirkung der Neuregelung hält sich damit im Rahmen bisher geltenden Rechts.

1) BGHZ 27, 215, (219).

2) v. Staudinger-Honsell, § 463 Rdnr. 42.

3) AG Frankfurt, FVE 7, 687; LG München, FVE 6, 558; LG Köln, FVE 6, 583; KG FVE 6, 559; BGH FVE 8, 808 (= BGHZ 63, 98, Rumänienreise).

4) so auch schon Stoll, JZ 1975, 252 Fußn. 1; im Ergebnis ebenso Bundesrat, BT Dr. 8/2589, S. 5 (Begründung zur Anrufung des Vermittlungsausschusses).

IV. Haftungsbeschränkung

Die Möglichkeiten reisevertraglicher Haftungsbegrenzung orientieren sich hinsichtlich ihrer gesetzgeberischen Konzeption teilweise am Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 651 h I BGB - § 11 Nr. 7 AGBG; § 651 h II BGB - § 10 Nr. 8 AGBG), inhaltlich reichen sie teils über das AGB-Recht hinaus (§ 651 h I Nr. 2 BGB), teils bleiben sie hinter ihm zurück (§ 651 h I Nr. 1 BGB).

Die Auswirkungen der Neuregelungen auf den Kundenschutz sind leicht überschaubar und in der einschlägigen Literatur unbestritten, Uneinigkeit besteht ausschließlich im Hinblick auf die sachliche Rechtfertigung der hier vorgenommenen Verschiebung des Haftungsrisikos zwischen Veranstalter und Reisendem.

Als Ausgangspunkt für eine Beurteilung der gesetzgeberischen Motivation soll im folgenden die Rechtslage vor und nach Verabschiedung des Reisevertragsgesetzes kurz aufgezeigt werden.

1. Darstellung des alten und neuen Rechts

Das Pauschalreisegeschäft war seit jeher das klassische Betätigungsfeld für die Verwender vorformulierter Vertragsbeziehungen, die verbraucherschützende Wirkung des § 651 h BGB ist daher vornehmlich am Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu messen.

Entsprechend seiner Systematik enumerativer Aufführung unwirksamer AGB-Klauseln verbietet § 11 Nr. 7 AGBG die Haftungsbegrenzung wegen vorsätzlichen und grob fahrlässigen Eigen- und Gehilfenverschuldens, die einschlägige Rechtsprechung hielt eine Haftungsbeschränkung bei leicht fahrlässigem Verhalten bis zur Höhe des Reisepreises für zulässig¹⁾.

1) z.B. OLG Frankfurt, NJW 1973, 472; OLG Bremen, FVE 7, 696; OLG Hamm, NJW 1975, 1364 (vor Inkrafttreten des AGBG).

§ 651 h I BGB führt - wie sonst nur noch § 702 BGB - eine Haftungsbegrenzung auf einen Höchstbetrag in das BGB ein, der Veranstalter darf sich für leicht fahrlässiges Eigenverschulden bis zur Höhe des dreifachen Reisepreises freizeichnen.

Hinsichtlich seines weiteren Haftungsrahmens (dreifacher Reisepreis) und seines umfassenderen Geltungsbereichs (die reiserechtliche Haftungsgrenze ist auch bei Individualvereinbarungen einzuhalten¹⁾) begünstigt Absatz 1 Nr. 1 den Reisenden²⁾.

Unter Abweichung von der bisherigen Rechtslage (§ 11 Nr. 7 AGBG) spaltet das Reisevertragsrecht die bislang einheitliche Freizeichnungsregelung in Eigen- und Leistungsträgerverschulden auf und gestattet unter Vernachlässigung des dem Reisevertragsgesetz vorangestellten Programmsatzes "Mehr Verbraucherschutz"³⁾ die Haftungsbegrenzung auf den dreifachen Reisepreis bei Leistungsträgerverschulden jeglichen Grades (§ 651 h I Nr. 2 BGB).

Die typischen Schadensposten wie Rückzahlung des Reisepreises, vertane Urlaubszeit, nutzlose Aufwendungen etc. werden zwar durch diese Haftungssumme in der Regel abgedeckt sein; in Fällen schwerer Körperschäden und damit verbundener unkalkulierbarer Folgekosten ist der Haftungshöchstbetrag schnell überschritten, der Reiseveranstalter steht dem Kunden als Regreßschuldner nicht mehr zur Verfügung⁴⁾. Es ist nun Sache des Reisenden, seine Rechte gegen ihm fremde und häufig ausländische Schuldner durchzusetzen, er allein trägt das Solvenzrisiko des Leistungsträgers.

1) wegen der im Tourismusgewerbe allgemein üblichen Verwendung von AGB kommt diesem Punkt keine Bedeutung zu.

2) im Ergebnis ebenso Tonner, Reisevertrag, § 651 h Rdnr. 2.

3) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 6.

4) so auch Larenz, VersR 1980, 689, (692).

Diese Vorschrift stellt einen der wesentlichsten Eingriffe in die Rechtsstellung des Verbrauchers durch das neue Reiserecht dar¹⁾.

In der dogmatischen Einkleidung einer gesetzlichen Einrede räumt § 651 h II BGB dem Veranstalter die Berufung auf gesetzliches Leistungsträgerrecht zur Beschränkung seiner eigenen Haftung ein und wiederholt damit im Wesentlichen bestehendes Recht:

Die klauselmäßige Beschränkung der eigenen auf die nach inländischen Vorschriften bestehende Haftung des eingeschalteten Erfüllungsgehilfen begegnete schon bisher keinen Bedenken²⁾.

Als Standardbeispiele für eine allgemein als zulässig anerkannte Verweisung auf inländisches Leistungsträgerrecht seien genannt die Haftungsbeschränkungen nach dem Luftverkehrsgesetz (§ 46 LuftVG) und dem Warschauer Abkommen (Art. 22 WA).

Darüber hinaus sah man auch in der Vereinbarung ausländischen Leistungsträgerrechts keinen Verstoß gegen § 10 Nr. 8 AGBG, man gestand dem Veranstalter ein "anerkennenswertes Interesse" an einer Haftungsbegrenzung entsprechend der Regreßmöglichkeiten gegen seine Leistungsträger zu³⁾.

Zusammengefaßt ergeben die Möglichkeiten reiserechtlicher Haftungsbeschränkung ein ambivalentes Bild:

- 1) im Ergebnis ebenso Bartl, NJW 1979, 1384, (1389 f); ders., in: Reiserecht, Rdnr. 120; Löwe, DAR 1979, 264, (270); ders., in: MK, § 651 h Rdnr. 3; Minderheit des Rechtsausschusses, BT Dr. 8/2343, S. 12; Bundesrat, BT Dr. 8/2589, S. 6.
- 2) so auch Bartl, Reiserecht, Rdnr. 133; Brandner, in: Ulmer-Brandner-Hensen, Anh. §§ 9-11, Rdnr. 590.
- 3) siehe Bartl, Reiserecht, Rdnr. 134; ders., in: Information 1979, Nr. 13-14, S. 321, (326). Graf von Westphalen, in: Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, § 10 Nr. 8 Rdnr. 4 und Schlosser, in: Schlosser-Coester-Waltjen-Graba, § 10 Nr. 8 Rdnr. 5 bejahen ein "anerkennenswertes Interesse" regelmäßig bei Erfüllung der Leistungspflicht im Ausland.

Angesichts der durch die Rechtsprechung tolerierten Freizeichnung bis zur Höhe des einfachen Reisepreises für leicht fahrlässiges Eigenverschulden des Veranstalters bedeutet die Verdreifachung der Haftungssumme (Abs. 1 Nr. 1) einen erhöhten Schutz des Kunden gegenüber mangelhaften Reiseleistungen. Der Haftungsausschluß jenseits des dreifachen Entgelts für Leistungsträgersverschulden jeglicher Art (Abs. 2 Nr. 2) stellt den Verbraucher gerade bei schweren "Einmalschädigungen" nahezu rechtlos, der durch die Torpedierung der "Vermittlerklausel" erreichte Kundenschutz wird teilweise aufgehoben¹⁾.

Demgegenüber verhalten sich die Auswirkungen des Abs. 2 auf die Rechtsstellung des Reisenden neutral; die Berufung auf eingeschränkte Haftung nach Leistungsträgerrecht entspricht der bisherigen Rechtslage.

2. Angemessenheit der Neuregelung

Der Vorschrift lag offensichtlich das gesetzgeberische Leitmotiv zugrunde, die Haftung des Veranstalters für diesen kontrollierbarer zu gestalten, ohne gleichzeitig eine erkennbare vermögensmäßige Umschichtung des Haftungsrisikos zwischen Veranstalter und Reisendem im allgemeinen vorzunehmen²⁾.

Es bleibt späteren statistischen Erhebungen vorbehalten, die Frage zu klären, inwieweit sich die Erweiterung des Haftungsrahmens für eigenes Verschulden (Abs. 1 Nr. 1; dreifacher Reisepreis) einerseits

1) Bartl, Information 1979, Nr. 13-14, S. 321, (326): "verkappte Vermittlerklausel".

2) Der Regierungsentwurf (BT Dr. 8/786, S. 32) hielt den dreifachen Reisepreis für einen ausreichenden Betrag zur Abdeckung der "gewöhnlichen Schäden", während es das bei Reiseverträgen erhöhte Leistungsstörungsrisiko (Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 6) aus der Haftungssphäre des Veranstalters zu eliminieren galt.

und die Freizeichnungsmöglichkeit jenseits dieser Grenze für Leistungsträgersverschulden jeglichen Grades (Abs. 1 Nr. 2) andererseits auf die finanzielle Situation von Reiseunternehmen und Kunden generell auswirken werden. Die von der Lehre beanstandete Beeinträchtigung des Verbraucherschutzes liegt denn auch in der als ungerechtfertigt empfundenen Benachteiligung des im Einzelfall besonders schwer geschädigten Individuums¹⁾.

Die hier vorgenommene Nivellierung des veranstalterischen Haftungsbereichs beruht ausschließlich auf der Erkenntnis einer der unternehmerischen Leistungssphäre zugehörigen Imponderabilie, nämlich der mangelnden Kontrollierbarkeit der in den Erfüllungsvorgang eingeschalteten Leistungsträger:

Der Reiseveranstalter bediene sich zur Erfüllung seiner Vertragspflicht verschiedener Leistungsträger, die sich vom Leitbild des typischen Erfüllungsgehilfen erheblich unterscheiden²⁾. Selbst der sorgfältigste Veranstalter habe auf Auswahl und Kontrolle dieser oft ausländischen und meist als selbständige Unternehmen gegliederten Leistungsträger nur begrenzten Einfluß. Hierdurch komme es gerade bei Reiseverträgen eher zu erheblichen Leistungsstörungen als bei anderen Werkverträgen, eine Milderung der strengen Einstandspflicht sei daher geboten³⁾.

a) Erwägungen im Gesetzgebungsverfahren

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens taucht diese Argumentation erstaunlich spät auf, die Referentenentwürfe von 1973⁴⁾ und 1975⁵⁾ enthielten noch eine

1) stellvertretend Löwe, DAR 1979, 264, (270).

2) Rechtsausschuß, BT Dr. 8/2343, S. 6.

3) Rechtsausschuß, a.a.O., S. 6 u. 12.

4) Ref E 1973, Art. 16 I 2; abgedruckt bei Klatt, Gesetz über den Reisevertrag, S. 73.

5) Ref E 1975, § 23 II; Klatt, a.a.O., S. 91; Abs. 3 gestattete allerdings schon die Einrede eingeschränkter Haftung des Leistungsträgers.

einheitliche Regelung für Eigen- und Leistungsträ-
gerverschulden. Erstmals der Regierungsentwurf von
1976¹⁾ spaltet die bisher einheitliche Freizeich-
nungsmöglichkeit nach Kategorien von Eigen- und
Fremdverursachung auf und gestattet für letztere die
nunmehr Gesetz gewordene weitgehende Haftungsbe-
schränkung.

Stellt man der Argumentation des Rechtsausschusses
die Motive des AGB-Gesetzes²⁾, also eines weiteren,
auf den Ausbau des Konsumentenschutzes ausgerichte-
ten Normenkomplexes gegenüber, so zeigen sich An-
sätze eines gespaltenen Verbraucherschutzbewußt-
seins.

Die Kodifizierung des umfassenden Freizeichnungsver-
bots für grobes Eigen- und Gehilfenverschulden durch
AGB galt dort als Realisierung eines obersten Postu-
lats effektiven Verbraucherschutzes, das primäre Ver-
wendungsfeld von AGB im allgemeinen und damit den
bevorzugten Eingriffsbereich des Klauselverbots im
besonderen sah der Regierungsentwurf gerade auf dem
Gebiet schadensgeneigter Verträge wie z.B. Beförde-
rung und Pauschalreisen³⁾.

Die augenfällig konsumentenfreundliche Haltung der
Bundesregierung wird nur noch vom CDU/CSU-Entwurf⁴⁾
übertroffen:

Es erscheine rechtspolitisch geboten, die gesetzlich
zugelassene Freizeichnungsbefugnis für Eigenver-
schulden sowie für vorsätzliches und fahrlässiges
Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen - ohne Rück-
sicht auf deren Stellung - durch AGB auf einfache
Fahrlässigkeit zu beschränken.

1) Reg E 1976, BT Dr. 7/5141, § 20 Nr. 2.

2) Reg E, BT Dr. 7/3919.

3) Begründung zu § 9 Nr. 7 (= § 11 Nr. 7 AGBG),
Reg E, a.a.O., S. 31.

4) Begründung zu § 13 AGBG, CDU/CSU-E, BT Dr.
7/3200, S. 15.

Die durch die Freizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit betroffene Vertragspartei erfahre einen so erheblichen Rechtsnachteil, daß eine solche Vereinbarung dem Individualvertrag vorbehalten bleiben müsse. Der Entwurf entbehrt nicht einer moralisch-pädagogischen Komponente:

Man versprach sich vom Verbot solcher Klauseln eine "gewisse erzieherische Wirkung, als mit der Wiederherstellung der Haftung des Schuldners für fehlerhaftes Verhalten im eigenen Bereich volkswirtschaftlich schädlichem Verhalten am nachhaltigsten entgegen gewirkt werden" könne¹⁾.

Der Verbraucherschutzgedanke als legislatives Anliegen konnte in § 11 Nr. 7 AGBG bis zur Verabschiedung des Gesetzes 1976 überleben, der Regierungsentwurf 1976 zum Reiseveranstaltungsvertrag²⁾ führte in § 20 Nr. 2 erstmals die Haftungsbegrenzung auf den dreifachen Reisepreis bei Leistungsträgerverschulden jeglichen Grades ein.

Die Begründung der unternehmerfreundlichen Freizeichnungsregelung für Gehilfenverschulden beinhaltet allerdings kein originäres Gedankengut der Bundesregierung, das Argument erschwerter Kontrollierbarkeit von Leistungsträgern diene schon früher zur Rechtfertigung der formularmäßigen Haftungsbeschränkung³⁾.

Zu diesem Zweck mag es durchaus tauglich gewesen sein, eine Parteivereinbarung - sei sie auch von einer Seite klauselmäßig vorformuliert - muß nicht notwendigerweise das Idealbild einer gerechten Interessenabwägung widerspiegeln, als gewillkürtes Rechtsgeschäft darf sie fraglos eine gewisse Risikover-

1) CDU/CSU-E, a.a.O.

2) BT Dr. 7/5141.

3) z.B. AG Frankfurt, FVE 9, 963; OLG Frankfurt, NJW 1973, 470, (472); OLG München, VersR 1974, 500, (501 f).

lagerung statuieren. Sofern aber eine Rechtsvorschrift die vertragliche Risikoabwälzung über bisher geltendes Recht (§ 11 Nr. 7 AGBG) hinaus gestattet und von sich behauptet, sie schaffe einen gerechteren Interessenausgleich zwischen den Parteien¹⁾, muß sie sich an diesem Maßstab messen lassen.

b) Interessenwertung des § 278 BGB

Ausgangspunkt dieser Beurteilung ist die Grundnorm der Gehilfenhaftung, § 278 S. 1 BGB.

Dieser gesetzgeberischen Entscheidung wohnt ein allgemeines Prinzip der Risikoverteilung inne; zur Rechtfertigung einer abweichenden gesetzlichen Regelung müssen Argumente vorliegen, die die für § 278 BGB maßgebenden Abwägungskriterien verschieben.

Negativ formuliert und auf den konkreten Fall des Reisevertragrechts bezogen bedeutet dies, daß sich die umfassende Haftungsfreizeichnung nach § 651 h I Nr. 2 BGB nicht mit solchen Argumenten stützen läßt, die in dem § 278 BGB zugrunde liegenden Abwägungsprozeß keine Rolle spielen. Solche Überlegungen können für sich jedenfalls nicht mehr den Anspruch erheben, einen gerechten Interessenausgleich herbeizuführen.

Nach der dispositiven Interessenwertung des § 278 BGB haftet der Schuldner für ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen im gleichen Umfang wie für eigenes, die Motive²⁾ sprechen einen Gedanken allgemeinen Gerechtigkeitsempfindens aus: Wenn sich der Schuldner eines Erfüllungsgehilfens bediene, so handle er im eigenen Interesse und auf eigene Gefahr.

Die einschlägige Literatur nimmt eine weitergehende Differenzierung vor: Der Schuldner erweitere durch die Einschaltung Dritter in sein Leistungsprogramm

1) BT Dr. 8/2343, S. 6.

2) M II, 30.

seinen Geschäftsbereich und damit seine Verdienstmöglichkeit; stünde dem nicht eine Erweiterung seines Verantwortungsbereichs gegenüber, so bewirke dies eine erhebliche und einseitige Belastung des Gläubigers¹⁾. Diese Benachteiligung resultiere daraus, daß der Schuldner durch Einschaltung Dritter das Vertragsstörungsrisiko zu Lasten des Gläubigers erhöhe²⁾.

Selbst wenn man eine gesteigerte Erfolgsgefährdung nicht bejahen will, so sieht sich der Gläubiger doch einer Berührung seiner Rechtsgüter mit Personen ausgesetzt, auf deren Auswahl er - im Gegensatz zum Schuldner - keinerlei Einfluß hatte und für deren Fehlverhalten er auch nicht geradezustehen braucht³⁾. Die ratio legis des § 278 BGB bezweckt letztlich, dem Schuldner, der sich zu einer eigenen Leistung verpflichtet und bei der Erfüllung die Vorteile fremder Hilfe genießt, die Exculpation zu verweigern, nicht er sei der wahre Schädiger, sondern sein Personal⁴⁾. Die Haftung des Schuldners rechtfertigt sich mithin allein aus dem Moment der Einschaltung des Dritten in den Erfüllungsvorgang, die Frage der Kontrollierbar-

1) Larenz, SchuldR, AT, § 20 VIII.

2) Soergel-Reimer Schmidt, § 278 Rdnr. 1.

3) zutreffend Planck-Siber, § 278 Anm. 1.

4) Esser-Schmidt, SchuldR, AT, 2. Teilband, § 27 I 1. Dieser Gedanke zeigt weitgehende Kongruenz mit der Ablehnung der "Vermittlerklausel" durch BGHZ 61, 276.

keit ist hierbei ohne Bedeutung¹⁾.

Mit dieser Feststellung ist auch schon das Urteil über die das Haftungsprivileg des § 651 h I Nr. 2 BGB tragenden Erwägungen des Gesetzgebers gefällt.

Indem man das umfassende Freizeichnungsrecht wegen Leistungsträgerverschuldens auf erschwerte Überwachungsmöglichkeiten stützte, rekurrierte man auf eine unternehmerische Argumentationsstrategie, die im Rahmen des dem § 278 BGB zugrunde liegenden Abwägungsprozesses beiderseitiger Interessen keinen Platz hat.

Interessenausgleich, eine Maxime des Rechtsausschusses²⁾, findet hier nicht statt.

1) ganz h.A.; z.B. Esser-Schmidt, a.a.O.; Larenz, SchuldR, AT, § 20 VIII; H.Westermann, JuS 1961, 333, (338); Grunewald, NJW 1980, 1924, (1926). Str. bei Inhabern von Monopolstellungen, s. Larenz, a.a.O., m.w.Nachw. Zutreffend hat die Rechtsprechung die Gehilfeneigenschaft in einer Reihe von Entscheidungen nicht an mangelnder Kontrollmöglichkeit (spezielle Fachkenntnisse des Gehilfen) seitens des Schuldners scheitern lassen: BGH NJW 1959, 816: Arzt als EG der Klinik; BGHZ 58, 207, (211): Rechtsanwalt als EG des Pfändungspfandgläubigers; OLG Düsseldorf NJW 1974, 704 f: Statiker als EG des Bauherrn; BGHZ 47, 312, (316): Lieferant als EG des Verkäufers (Hinweis auf Maschinenwartung); BGHZ 62, 119, (124): Notar als EG des Grundstücksverkäufers; differenzierend zur Tätigkeit von Amtsträgern Lüderitz, NJW 1975, 1.

2) BT Dr. 8/2343, S. 6.

c) wirtschaftliche Aspekte

Der Rechtsausschuß vermeidet es leider nicht nur nicht, sachfremde Erwägungen anzustellen, seine Überlegungen verdeutlichen vielmehr, daß er die wirtschaftlichen Machtverhältnisse in den Beziehungen Veranstalter - Reisender - Leistungsträger nicht zutreffend erfaßt hat.

So liegt es gerade im Tourismusgewerbe in der Natur der Sache, daß Leistungsträger ihre Tätigkeit weit entfernt von dem Wohnsitz des Reisenden entfalten und ihre Rechtsbeziehungen häufig ausländischem Recht unterliegen. Zwar mag die gerichtliche Durchsetzung von Ersatzansprüchen den Veranstalter wie den Reisenden vor dieselben Probleme stellen.

Aufgrund seiner Nachfragemacht verfügt der Veranstalter jedoch im Gegensatz zum Reisenden als einziger über ein wirtschaftliches Druckmittel, das den Leistungsträger zur freiwilligen Erfüllung etwaiger Schadensersatzverpflichtungen bewegen mag.

Die Verlagerung des Haftungsschuldners aus dem Geltungsbereich deutschen Rechts bewirkt damit eine Reduzierung der Regreßmöglichkeiten beider Vertragsparteien, die die Position des Veranstalters im Vergleich mit dem Reisenden gegenüber dem Leistungsträger verhältnismäßig stärkt.

d) Zusammenfassung

Zusammengefaßt stellt sich die Neuregelung vertraglicher Freizeichnungsmöglichkeiten folgendermaßen dar:

Die Erweiterung des Haftungsrahmens für leicht fahrlässiges Eigenverschulden des Veranstalters (Abs. 1 Nr. 1) bedeutet eine durchaus sachgerechte Anpassung an die überlicherweise anlaufende Schadenshöhe. Infolge der faktischen Kumulierung von Wandlung und Schadensersatz summierten sich die einzelnen Schadens-

posten wie Rückzahlung des Reisepreises, Ersatz für vertane Urlaubszeit etc. schnell zu einem Gesamtbetrag, der die von der Rechtsprechung tolerierte Freizeichnungsgrenze in Höhe des einfachen Reisepreises überschritt.

Das Risiko des Veranstalters bei Schlechterfüllung erschöpfte sich zumeist im entgangenen Gewinn, weitere finanzielle Nachteile waren seinerseits in der Regel nicht zu besorgen.

Die Erlaubnis zur Haftungsbeschränkung bei Leistungsträgerverschulden jeglichen Grades (Abs. 1 Nr. 2) führt zu einem umfassenden Rechtsverlust gerade des im Einzelfall besonders schwer geschädigten Reisenden, dieser Vorschrift liegen sachfremde Erwägungen zugrunde, die Ausführungen des Rechtsausschusses lassen eine zutreffende Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse aller am Reisevertrag Beteiligten vermischen.

Die Nivellierung des unternehmerischen Haftungsreichs gestaltet zwar die Einstandspflicht für diesen kontrollierbarer, indem sie jedoch die Bedürfnisse des besonders schwer geschädigten Kunden ignoriert, gewinnt ihr Verteilungsmaßstab willkürliche Züge.

Seiner Prägnanz wegen sollte Löwe¹⁾ zitiert werden: Die Regelung ist "höchst unangemessen und eine rechtspolitische Fehlleistung!"

1) Löwe, MK, § 651 h Rdnr. 3.

3. Abschnitt: Ergebnis

§ 9 Zusammenfassung der bisherigen Ausführungen und Bewertung

Das reisevertragliche Gewährleistungs- und Haftungsrecht bietet - betrachtet im Licht der gesetzgeberischen Zielvorstellung: Verbesserung des Verbraucherschutzes und Schaffung eines gerechteren Interessenausgleichs - ein ambivalentes Bild.

Der überwiegende Teil der neuen Vorschriften läßt die Rechtsstellung des Kunden unberührt; dies gilt selbst dann, wenn die Mängelrechte dogmatisch abweichend strukturiert sind (z.B. Minderungs- und Kündigungsrecht). Ein zusammenfassender Überblick über diejenigen Vorschriften, deren Auswirkungen auf den Konsumentenschutz in der Literatur und in den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen kontrovers beurteilt werden, die Rechtsposition des Reisenden tatsächlich jedoch nicht tangieren, mag dies verdeutlichen:

I. neutrale Vorschriften

- § 651 c II BGB - Grundsatz kostenfreier Nachbesserung -
- § 651 d I BGB - Minderung unmittelbar kraft Gesetzes -
 - Wegfall der Nachfrist -
 - Fortbestand des Minderungsanspruchs trotz Abhilfe -
- § 651 d II BGB - Mängelanzeige -
- § 651 e I BGB - Kündigungsausschluß wegen nur erheblicher Reisebeeinträchtigung bei Fehlen zugesicherten Eigenschaften -

- Kündigung wegen individueller Unzumutbarkeit -
- § 651 e III BGB - Berechnungsmodus des Entschädigungsanspruchs -
- Wegfall des Entschädigungsanspruchs bei fehlendem Interesse des Reisenden an mangelfreien Teilleistungen -
- § 651 f I BGB - Mängelanzeige und Fristsetzung als ungeschriebene Anspruchsvoraussetzungen des Schadensersatzrechts -
- Kumulierung von Schadensersatz mit weiteren Mängelrechten -
- § 651 h II BGB - Berufung auf gesetzliche Beschränkungen der Haftung von Leistungsträgern -

Der verbraucherschützende Effekt, den sich der Rechtsausschuß gerade durch eine vom Werkvertragsrecht abweichende Gestaltung der neuen Vorschriften, nämlich der Novellierung des Minderungsrechts, der Erweiterung des Kündigungsrechts wegen individueller Unzumutbarkeit sowie der Kumulierung von Schadensersatz mit sonstigen Mängelrechten versprach, wird teils durch die egalisierende Funktion branchentypischer Gepflogenheiten zunichte gemacht, teils durch eine problemorientierte Anwendung von Werkvertragsrecht vorweggenommen: Der allgemein übliche Brauch der Vorauszahlung des Reisepreises stellt den minderungswilligen Kunden unter Geltung von Werk- und Reisevertragsrecht vor dieselben Probleme; er hat zur Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Veranstalter dieselben Handlungen vorzunehmen, so daß ihn der Wegfall des Vertragscharakters der werkvertraglichen Minderung (§§ 634 IV, 465 BGB) in keiner Weise begünstigt.

Wegen seines vertragsspezifischen besonderen Interesses an sofortiger Minderung (§ 634 II BGB) ist für ihn der Fortfall der Nachfristsetzung bedeutungslos.

Der Fortbestand des Minderungsanspruchs trotz erfolgreicher Abhilfe ist ebensowenig ein originäres Produkt des neuen Rechts wie die Kumulierung von Schadensersatz mit weiteren Mängelrechten:

Der fixgeschäftähnliche Charakter der einzelnen Reiseleistung vereitelt eine "rechtzeitige" und damit anspruchsvernichtende Abhilfeleistung i.S.d. § 634 I 3 2. Halbs. BGB, die Rückgewähr des Reiseentgelts neben dem Ersatz weiterer Schäden im Wege des sog. "großen Schadensersatzes" unterläuft faktisch die zwingende Alternative des § 635 BGB.

In all diesen Fällen läuft die gesetzgeberische Intention, die Rechtsposition des Verbrauchers zu stärken, ins Leere.

II. verbraucherfeindliche Vorschriften

Eine Anzahl von Vorschriften beschränkt sich leider nicht darauf, keine kundenschützende Wirkung zu entfalten, sondern untergräbt vielmehr den bereits existierenden Rechtsschutz des Reisenden:

- § 651 c III BGB - Selbsthilfe; Nachfrist statt Verzug -
- § 651 e I 1 BGB - Beweislast für die Erheblichkeit der Reisebeeinträchtigung obliegt jetzt dem Kunden -
- § 651 e III BGB - dem Rückforderungsanspruch droht der Entreicherungsseinwand des § 818 III BGB -
- § 651 h I Nr. 2 BGB - Möglichkeit der Haftungsbeschränkung bei Leistungsträgersverschulden jeglichen Grades -

Nach einem einheitlichen rechtspolitischen Handlungs-

konzept sucht man hinter diesen äußerst konsumentenfeindlichen Regelungen allerdings vergebens; nur zum Teil lassen sie sich auf eine unzutreffende Auffassung des Gesetzgebers vom "gerechteren Interessenausgleich" zurückführen. So ist es ebenso widersprüchlich wie unverständlich, wenn der Rechtsausschuß bei der Novellierung des Minderungsrechts das Tatbestandsmerkmal "Nachfrist" wegen der zeitlichen Gebundenheit des Vertragsgegenstandes "Reise" als gegenstandsfremd erkennt und hier auf diese Rechtsvoraussetzung verzichtet, gleichzeitig jedoch das Selbsthilferecht an den erfolglosen Ablauf einer Nachfrist knüpft. Schlicht übersehen haben muß der Gesetzgeber die Beweislastverschiebung in § 651 e I 1 BGB; der Bericht des Rechtsausschusses kommentiert diesen folgenschweren Einbruch in die Rechtsstellung des Reisenden an keiner Stelle, weder die Minderheit des Rechtsausschusses¹⁾ noch der Rechtsausschuß des Bundesrates²⁾ erwähnen diesen konkreten Punkt in ihrer sonst sehr detaillierten Kritik.

Soweit der Rechtsausschuß jedoch bewußt die Haftpflicht für Leistungsträgerverschulden aus der Risikosphäre des Veranstalters ausgliedert (§ 651 h I Nr. 2 BGB), beruht dies ausschließlich auf seinem unzutreffenden Verständnis von Interessenausgleich. Bei der Bewertung der konträren Parteiinteressen läßt sich der Rechtsausschuß von Argumenten leiten, die für die Risikoverteilung im Rahmen der Gehilfenhaftung (§ 278 BGB) herkömmlicherweise keine Rolle spielen (Kontrollierbarkeit). Eine gegenseitige Interessenabwägung findet tatsächlich nicht statt, die Notwendigkeit der Vorschrift wird vielmehr einseitig mit den Bedürfnissen des Veranstalters gestützt.

1) BT Dr. 8/2343.

2) BR Dr. 29/1/79.

Letztlich unbeantwortet bleibt die Frage, ob der Reisende durch die Versagung eines selbständigen Erstattungsanspruchs nach erfolgter Kündigung (§ 651 e III BGB) zielgerichtet dem unternehmerischen Entreicherungseinwand (§ 818 III BGB) ausgesetzt werden soll, oder ob diese Rechtsfolge zu den zufälligen und unbeabsichtigten verbraucherschädlichen Nebenwirkungen dieses Gesetzes zu zählen ist¹⁾.

Das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden des Rechtsausschusses - speziell seine Auffassung von einem "gerechteren Interessenausgleich" der am Reisevertrag beteiligten Parteien - läßt auf Absicht schließen:

Schon in der einleitenden Darstellung der Ziele des Entwurfs²⁾ läßt sich seine Intention erkennen, das Risiko von Leistungsstörungen seitens der vom Veranstalter eingeschalteten Leistungsträger auf den Reisenden abzuwälzen. Dieses Verständnis von "Interessenausgleich" findet seine Realisierung einmal in der umfassenden Freizeichnungserlaubnis des § 651 h I Nr. 2 BGB, die Einschränkung des unternehmerischen Risikobereichs mit Hilfe des Entreicherungseinwands scheint eine weitere zu sein.

III. verbraucherfreundliche Vorschriften

1. erweiterter Rechtsschutz

In einer Reihe von Fällen begünstigt das neue Recht den Reisenden aber auch:

§ 651 c III BGB - Selbsthilfe; Fortfall des Verschuldenselements -

1) Larenz, VersR 1980, 689, (691): Der Gesetzgeber habe sich "hierüber überhaupt keine Gedanken" gemacht.

2) BT Dr. 8/2343, S. 6.

- § 651 e II 1 BGB - Kündigung; Verzicht auf Ablehnungsandrohung -
- § 651 e IV BGB - verschuldensunabhängige Restpflichten des Veranstalters nach Kündigung -
- § 651 f II BGB - Erstattungsfähigkeit des immateriellen Schadens "nutzlos aufgewendete Urlaubszeit" -
- § 651 h I Nr. 1 BGB - Beschränkung der unternehmerischen Freizeichnung auf den dreifachen Reisepreis -

Eine solche enumerative Auflistung verbraucherfreundlicher Normen birgt allerdings die Gefahr in sich, die stark differierende Bedeutung dieser Vorschriften für den Verbraucherschutz zu verdecken. So ist beispielsweise nicht zu erwarten, daß die Ablösung des Selbsthilferechts von einem schuldhaften Unterlassen der Abhilfeleistung (§ 651 c III BGB) dem Reisenden eine wesentlich effektivere Ausnutzung der Eigenhilfe ermöglichen wird, die Frage eines unternehmerischen Verschuldens hat schon bislang die Rechtsprechung nicht beschäftigt¹⁾.

Demgegenüber bedeutet die Ausweitung des Haftungsrahmens auf den dreifachen von der Rechtsprechung tolerierten Mindestbetrag einen spürbaren Ausbau der Gläubigerstellung. Regelmäßig erreicht die Summe so umfangreicher Schadensposten wie z.B. teilweise Erstattung des Reisepreises, Ersatz für vertane Urlaubszeit etc. schnell die Haftungsgrenze des einfachen

1) siehe die Entscheidungssammlung von Klatt, FVE.

Reisepreises, so daß die Verdreifachung des Haftungsbetrages durchaus das gesetzgeberische Anliegen "Verbraucherschutz" verwirklicht.

2. Angemessenheit des neuen Rechts; Interessen- ausgleich

Mißt man diese Vorschriften an der zweiten Maxime des Rechtsausschusses "gerechterer Interessenausgleich", so erweist sich die in ihnen angelegte Stärkung der Verbraucherstellung als Ausgleich vertragungsspezifischer bedingter Nachteile, sie ist mithin durch pauschalreiserechtliche Besonderheiten gedeckt. Insbesondere drei Vorschriften vollziehen die längst überfällige Anpassung des Mängelrechts an die Bedürfnisse des Reisekunden:

(1) Die verschuldensunabhängige Normierung veranstalterischer Restpflichten (§ 651 e IV BGB) realisiert Konsumentenschutz an vordringlichster Stelle.

Der Reisende verläßt durch Vollzug des Vertrages seine Existenzbasis (Heimatort), die er zwangsläufig über kurz oder lang wieder aufsuchen muß; sein gesteigertes Bedürfnis nach "Beseitigung" des Vertragserfolges (Rückreise) ist der regelmäßige Effekt der Kündigung. Eben diese Befreiung von dem mangelhaften Restwerk ist aber mit finanziellen und organisatorischen Aufwendungen verbunden, die billigerweise derjenige zu tragen hat, aus dessen Leistungssphäre letztendlich die Ursache der Vertragslösung stammt: der Reiseveranstalter.

(2) § 651 f II BGB sichert gezielt und wirksam den hohen ideellen Wert einer gelungenen Urlaubsreise schadensrechtlich ab. Zweifellos erreichte die bisherige Rechtsprechung teilweise dieselbe Wirkung mit geltendem Schadensrecht (Kommerzialisierung des Urlaubsgenusses, Schadensersatz wegen vertaner Urlaubszeit Erwerbstätiger), diese Judikatur basierte jedoch auf einer unzutreffenden Interpretation des Vermögensschadensbegriffs, die als contra legem angesehen

werden muß. Das neue Recht stellt den Ersatzanspruch wegen verlorener Urlaubszeit erstmals auf eine dogmatisch sichere Grundlage, allein hierin liegt schon die Existenzberechtigung dieser Vorschrift. Indem sie den Kreis der Ersatzberechtigten nicht mehr auf die erwerbstätige Bevölkerung limitiert, beseitigt sie auch diese willkürliche Privilegierung einer Personengruppe, die sich als zwangsläufige Folge der Rechtsprechung zum "kommerzialiserten Schadensbegriff" ergab.

(3) Auch die Aufstockung des Haftungsbetrages (§ 651 h I Nr. 1 BGB) kommt typischen Bedürfnissen des Reisekunden entgegen. Anerkennt man den hohen ideellen Wert einer gelungenen Urlaubsreise durch die Zugehörigkeit des Reisenden zu dem begünstigten Kreis der Geldersatzberechtigten wegen immaterieller Schäden (§ 651 f II BGB), so bedeutet die Erhöhung der Haftungsmindestsumme auf den dreifachen Reisepreis den folgerichtigen Schutz dieser Vergünstigung gegen eine faktische Aushöhlung des Anspruchs im Wege der Haftungssummenbegrenzung. Der Betrag des einfachen Reisepreises wäre in vielen Schadensfällen schon durch Ersatzforderungen wegen materieller Einbußen (Erstattung des Reisepreises, nutzlose Aufwendungen etc.) erreicht, so daß eine Abgeltung immaterieller Schäden häufig nicht mehr oder nur noch begrenzt zum Zuge käme.

Problematisch bleibt allerdings, ob man den Verzicht auf die Ablehnungsandrohung (§ 651 e II 1 BGB) noch als durch die reiserechtliche Problemstellung gebotene Lösung betrachten kann. Zweifellos läßt sich die Entbehrlichkeit dieses Tatbestandselements mit der Rechtsunkenntnis des Reisenden stützen: Bei Auftreten von Mängeln am Urlaubsort könne er sich nur noch beschränkt über seine Rechte informieren, dieses Defizit müsse durch einen Abbau solcher Tatbestandsvoraussetzungen ausgeglichen werden, die in der Regel nur von einem rechtskundigen Reisenden er-

füllt würden, da sie das übliche Reaktionsverhalten des Kunden überstiegen¹⁾.

Allein mit dem Auffinden einer durch den Vertragsinhalt verursachten Benachteiligung einer Partei ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob der Gesetzgeber diese typisierte Vertragsgestaltung sonderrechtlich regeln sollte. Gerade normativ vorgefertigte Vertragstypen von einem derartig hohen Abstraktionsgrad wie dem des Werkvertrages erfassen eine unüberschaubare Vielzahl typisierter rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeiten²⁾, so daß eine spezialgesetzliche Normierung immer nur um den Preis einer zunehmenden Rechtszersplitterung zu haben ist.

Hiermit ist denn auch schon die klassische Interessenkollision legislativen Verbraucherschutzes angesprochen: Sondergesetzlicher Schutz einzelner Verbrauchergruppen führt zwangsläufig zu einer progressiven Aufspaltung des Rechts³⁾.

Bezogen auf den hier anstehenden Fall lautet die Problemstellung, ob mangelnde Rechtskenntnis einzelner Verbrauchergruppen durch eine Verringerung eben dieser häufig unbekannten Rechtsvoraussetzungen behoben werden sollte.

1) s.o.S. 63.

2) Schuhreparatur und Konzertveranstaltung unterfallen demselben Vertragstypus.

3) zum Thema "Verbraucherschutz durch Sondergesetze?" instruktiv Bartl, Ständig neue Gesetze zum Schutz des Verbrauchers ?, Materialien zur Tagungs- und Seminararbeit der Politischen Akademie Eichholz, 1976, S. 36 ff.
Für eine restriktive Einführung von Spezialgesetzen auch Weyers, Werkvertrag, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, S. 1183.

Wie auch immer man diese rechtspolitische Frage beantworten mag - legislative Eingriffe in das geltende Recht sind jedenfalls dann zu vermeiden, wenn durch gezielte Aufklärungsmaßnahmen diesen Personengruppen die erforderliche Rechtskenntnis vermittelt werden kann. Wie die bislang angelaufene Informationsarbeit der Bundesregierung¹⁾ zum Thema "Pauschalreise-recht" zeigt, lassen sich elementare Rechtskenntnisse über ein verbraucherrechtlich relevantes Gebiet in ebenso informativer wie allgemeinverständlicher Form darstellen und gezielt an die betroffene Problemgruppe heranbringen. Auf diesem Wege ließe sich auch zwanglos eine weitgehend unbekannte, weil "anorganische" Rechtsvoraussetzung wie die Ablehnungsandrohung popularisieren; für eine Beschneidung des anspruchsbegründenden Tatbestandes per Sondergesetz fehlte dann jedes Bedürfnis.

§ 10 Alternativvorschlag

Als tatsächlich regelungsbedürftig verbleibt schließlich der Inhalt dreier Vorschriften des reisevertraglichen Mängelrechts:

- § 651 e IV BGB - verschuldensunabhängige Restpflichten des Veranstalters nach Kündigung -
- § 651 f II BGB - Erstattungsfähigkeit des immateriellen Schadens "nutzlos aufgewendete Urlaubszeit" -

1) z.B. die Broschüre "Ihr Recht reist mit", herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Referat für Presse- und Öffentlichkeitsarbeit.

§ 651 h I Nr. 1 BGB - Beschränkung der unternehmerischen Freizeichnung auf den dreifachen Reisepreis -

Der Regelungsinhalt dieser Vorschriften ließe sich nahtlos in das werkvertragliche Mängelrecht einfügen:

§ 634 a BGB:

Hat sich der Unternehmer dem Besteller zur Erbringung einer Gesamtheit von Reiseleistungen (Reise) verpflichtet, so ist der Unternehmer verpflichtet, die infolge der Wandlung notwendigen Maßnahmen zu treffen, insbesondere, falls der Vertrag die Rückbeförderung umfaßte, den Besteller zurückzubefördern. Die Mehrkosten fallen dem Unternehmer zur Last. Von dieser Vorschrift kann nicht zum Nachteil des Bestellers abgewichen werden.

§ 635 a BGB:

I. Wird die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt, so kann der Besteller auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

II. Der Unternehmer einer Reise kann durch Vereinbarung mit dem Besteller seine Haftung auf die dreifache Vergütung beschränken, soweit ein Schaden des Bestellers weder vorsätzlich noch grob fahrlässig herbeigeführt wird.

III. Von diesen Vorschriften kann nicht zum Nachteil des Bestellers abgewichen werden.

Die Vorteile dieser Regelung liegen auf der Hand. Mit einem Minimum an gesetzgeberischem Aufwand wird Konsumentenschutz gerade an typischen Problemstellen des Reisevertrages verwirklicht. Eingriffe in den bereits

vorhandenen Rechtsschutz des Reisenden - wie leider im Reisevertragsgesetz anzutreffen - unterbleiben selbstverständlich.

Durch Anschluß an die Systematik des werkvertraglichen Mängelrechts wird einer fortschreitenden Rechtszersplitterung durch Sondergesetze entgegengewirkt; auf die Einführung neuer, dogmatisch unscharfer Begriffe (Leistungsträger, Kündigung) kann verzichtet werden.

Lebenslauf

Am 20.03.1953 wurde ich, Udo Wedepohl, als Sohn des Maschinenbauingenieurs Theodor Wedepohl und seiner Ehefrau Paula, geborene Corzillius, in Lippstadt geboren.

Von 1959 bis 1963 besuchte ich die Volksschule und anschließend bis 1971 das Gymnasium in Lippstadt.

Am 17.05.1971 legte ich die Reifeprüfung ab.

Vom Wintersemester 1971/72 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität zu Marburg, am 05.07.1977 bestand ich das 1. juristische Staatsexamen.

Vom 01.09.1977 bis zum 20.03.1980 absolvierte ich den juristischen Vorbereitungsdienst am Landgericht Detmold. Das 2. juristische Staatsexamen bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen.

Udo Wedepohl

